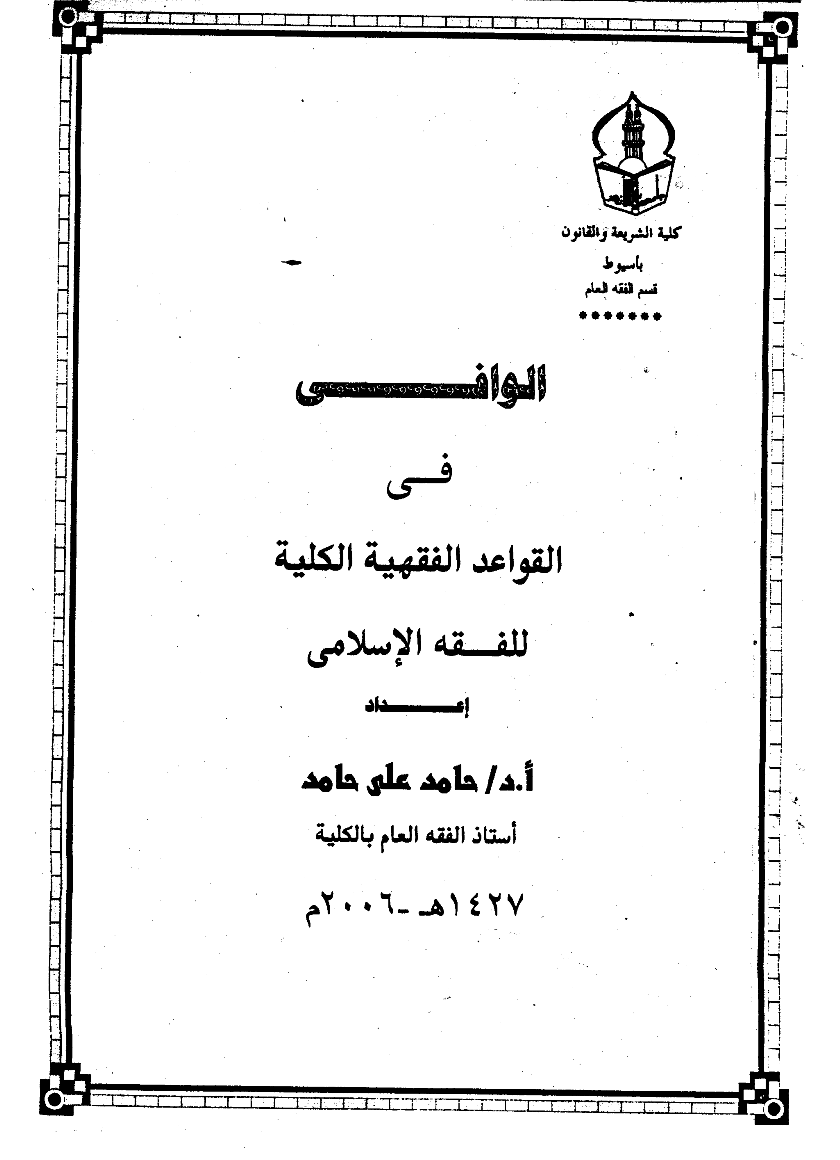


كلية الشريعة والقانون
بأسيوط
قسم الفقه العام

الوافـــــى

فـــى

القواعد الفقهية الكلية

للفـــقه الإسلامى

إعـــداد

أ.د/ حامد على حامد
أستاذ الفقه العام بالكلية

١٤٢٧هـ -٢٠٠٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده ونستعين به ، ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهد الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادى له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

أما بعد

فإن الله تبارك وتعالى وهب عباده الوجود ، فأحاطهم بنعمته الظاهرة والباطنة ، وغمرهم فى بحر زاخر من فيض رحمته ، ومتعهم فى حياتهم الدنيا بآلائه، وهداهم بصلاحهم فيها، وإصلاحهم لها.

ولقد جرت سنة الله فيهم أن شرع لهم الأحكام ليخرجهم بها من حيرة قصورهم ، واصطفى من عباده رسلاً مبشرين ومنذرين ليأخذوا بأيديهم إلى غايات رضاه ومثوبته فى نعيم جنته، وشاءت حكمة الله البالغة ، فجعلهم شعوباً وقبائل، وأمماً تتداول الوجود على تدرج فى الرشد، وتطور إلى الكمال، فنوّع لهم التشريع،وفصّل لهم الأحكام مع تناسب الأحوال والأزمان والبيئات، وتفضل ﷺ واختص الأمة الإسلامية، فجعلها خير أمة أخرجت للناس وأرسل إليها الرسول -ﷺ-، فأنزل عليه

أشـــمل كتـــب الله وأكملهـــا ، وضمنه أكمل الشرائع وأدومها، فرضـــى لهم الإسلام ديناً قيماً ، وشريعة دائمة خالدة. ومن ثم فضـــمنها كـــل ما كان ملائماً للكمال، وصرف عنها ما لم يعد مناســـباً ، فوضـــع عـــنهم الإصر والأغلال، فاستقامت بفضله ورحمته على الكمال والدوام، ورفع الحرج والعسر والمشقات. وهكـــذا جـــاء دستور السماء بالدين القيم نظماً ومعنى ، عقيدة وشـــريعة فجمعـــت كـــل خير ومصلحة للفرد وللجماعة، فهى تصـــلح لكـــل زمـــان وفى جميع الأحوال ، ولهذا بين الكتاب العزيـــز النظم، وسن القوانين على هيئة قضايا عامة ، وقواعد كلـــية بعـــبارات ازدانـــت بالوفـــاء والشـــفاء، فكان الاجتهاد، والاســـتنباط فـــيه وفقاً لهذه القواعد دائماً متجدداً ثم جاءت سنة ســـيدنا رســـول الله -ﷺ- تبين وتوضح ، وتخصص ، وتفيد مـــراد الله فـــى النصوص القرآنية ، فتذوقت الأفهام فى أقواله وتصرفاته-ﷺ- دقائق التشريع فى سائر أنماط الحياة، وتعلموا مـــن هديـــه فى سائر أفعاله مفتياً أو قاضياً إماماً قائداً ، بائعاً ، ومشترياً، وموكلاً، وضامناً ومودعاً أميناً ، ومعاهداً ومتصدقاً ، وحلـــيماً يفـــيض بالـــرحمة قلبه. ثم انتقل الحبيب إلى الرفيق الأعلى، وترك أمر الله فى أمته ثم حمل الصحابة مشعل الهداية بعـــده، فأنـــاروا الطـــريق أمام البشرية ، ونفذ شعاع التشريع الإلهى إليهم من كل نافذة ، وطرقت الدعوة إلى الناس كافة كل بـــاب، ففـــتح الإيمان مآرب الخير ، ودخل الناس فى دين الله

أفواجاً وكثرت الحوادث والوقائع ، فلم تفلت واحدة عن الدخول تحت المبادئ العامة. ولم تضق قواعد الدين عن التدليل على حكم ما جد من أحوال العباد فى سائر البلاد.

ثم أخذ التابعون عن الصحابة ما تذوقوه على مائدة النبوة، وأضافوا إليه حكم الجديد الذى أبرزه زمانهم ، فكان الفقه الإسلامي معيناً خصباً ، فقنّن لكل نوع من أنواع التصرفات ، وكفل سعادة الناس من غير انحراف ولا شذوذ، ومن ثم كان لزاماً علينا أن نعرف قواعد الفقه الإسلامي ، ونوضح موضوعه ، ومسائله ، من حيث تعريف تلك القواعد، وأهميتها، وتميزها عما عداها ، وتاريخ نشأتها، وأهم الكتب المصنفة فيها، ونحو ذلك.

فأقول : وبالله التوفيق ، وعلى الله التكلان.

أ.د/ حامد على حامد
أستاذ الفقه العام
بكلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر بأسيوط.

المبحث الأول

فى الافتتاحية لدراسة قواعد الفقه.

****

وفيه خمسة مطالب:-

المطلب الأول:

فى مفهوم القواعد الفقهية الكلية.

المطلب الثانى:

فى الفرق بين القواعد الفقهية والأصولية والنحوية

المطلب الثالث:

فى منزلة القواعد الفقهية فى الشريعة الإسلامية وما تتميز به.

المطلب الرابع:

فى أنواعها ومراتبها.

المطلب الخامس :

فـــى الفـــرق بين علم الفقه وعلم أصول الفقه وعلم القواعد الفقهية الكلية.

المطلب الأول

فى مفهوم القواعد الفقهية الكلية

(أ) مفهوم القاعدة فى اللغة:-

القــاعدة فى اللغة: أساس الشيئ وأصله، سواء كان ذلك الشيئ حسياً أو معنوياً.

وجمـــع القاعدة قواعد، ومن هذا المعنى قوله تعالى: ﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ (1)، وقولـــه جل فى علاه: ﴿ قَدْ مَكَرَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ فَأَتَى اللَّهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ فَخَرَّ عَلَيْهِمُ السَّقْفُ مِنْ فَوْقِهِمْ وَأَتَاهُمُ الْعَذَابُ مِنْ حَيْثُ لا يَشْعُرُونَ ﴾ (2)، فمعـــنى القاعدة فى الآيتين السابقتين هو الأساس ، وهو ما يرفع عليه البنيان.

وقـــد تطلـــق القاعدة على الشيئ المعنوى، فيقال: قواعد الإســـلام ، وقواعـــد الفقه، وقواعد النحو، وقواعد الأصول(3). بمعنى القواعد المعنوية وقال الزمخشرى : القواعد: جمع قاعدة وهـــى الأســـاس والأصل لما فوقه ، وهى صفة عالية ومعناها الثابـــتة(4) ، والقواعـــد: أســـاطين البناء التى تعمده ، وقواعد

---

(1) الآية رقم (١٢٧) من سورة البقرة.

(2) الآية رقم (٢٦) من سورة النحل .

(3) معجـــم مفـــردات ألفاظ القرآن الكريم للراغب الأصفهانى : لنديم مرعى ص ٤٢٤ ط دار الفكر –بيروت.

(4) الكشاف للزمخشرى حـــ١ ص٢١١

الهودج: خشبات أربع معترضة فى أسفله تركب عيدان الهودج فيها. وقواعد السحاب أصولها المعترضة فى آفاق السماء[1].

ومــن ثــم فالقاعدة فى اللغة هى الأساس وأصل الأس، فقــاعدة كل شيئ أساسه وقاعدة البيت أساسه ، وما يبتنى عليه غـيره، وسواء أكان حسياً كأصل الشجرة ، أم معنوياً كأصول الفقه كما سبق بيانه.

(ب) مفهوم القاعدة فى الاصطلاح:

يختلف مفهوم القاعدة فى الاصطلاح، تبعاً ، لاختلاف العلوم ، فهـناك القواعـد القانونـية، والقواعد الهندسية وهكذا فلكل علم قواعده الخاصة به كعلم الرياضة والفلك وغيرهما، والمهم هنا هو معرفة معنى القاعدة الفقهية وما يقترب منها، حيث إن الدراسة هنا تقتصــر عليها، ومن ثم فنصرف القاعدة اصطلاحاً عند الأصوليين والنحاة ثم نصرفها عند الفقهاء فأقول ومنه وحده العون:-

(١) القاعدة عند الأصوليين والنحاة:-

القــاعدة لدى الأصوليين والنحاة هى: حكم كلى ينطبق علــى جمــيع جزئياته ، لتعرف أحكامها منه، مثال ذلك، قول الأصــوليين : الأمر إذ جرد عن القرائن أفاد الوجوب. والنهى المجــرد عــن القرائن يفيد التحريم ، ومثل قول النحاة: الفاعل مرفوع، والمفعول به منصوب.

---

(١) لسان العرب حـــ٥ ص٣٦٨٩ ط دار المعارف.

(٢) القاعدة عند الفقهاء:-

وأما الفقهاء فقد عرفوا القاعدة بقولهم: هى الحكم الكلى المنطبق على جميع جزئياته غالباً ، لتعرف أحكامها منه[١].

أو هــى الأمر الكلى الذى ينطبق عليه جزئيات كثيرة، تفهــم أحكامهــا مــنها[٢]، وهــذا المعنى يقابل فى الاصطلاح القــانونى: المــبادئ القانونــية العامــة[٣] ومــن ثم فالقواعد الفقهية: هى قضايا كلية يندرج تحتها جزئيات ، يعلم حكمها من تلك القواعد، وهى منطبقة على معظم جزئياتها غالباً.

(٣) **تعليق**:-

قــول الفقهاء فى التعريف [غالباً] معناه أن هذه القواعد أغلبــية، لأن كثــيراً مــن القواعد ، تشذ عنها بعض المسائل الفرعية استثناء من القاعدة، ولكن لا يقدح ذلك فى كونها قاعدة ولا يــنقص من قدرها العلمى فى ضبط فروع الأحكام العملية، فالقــاعدة تجمــع شتات الأحكام الفقهية من الأبواب المختلفة، والموضــوعات المتبايــنة، ولولا القواعد الفقهية لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً متناثرة ، وقد تتعارض ظواهر الأحكام إذا بقيت

---

(١) غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر للحموى ص٢٢.

(٢) إيضاح المسالك إلى قول الإمام مالك ، تحقيق الخطابى ص١١.

(٣) المدخل الفقهى العام فقرة (٥٥٦).

بـــدون أصـــول تمسك بها، وتجمع بين جزئياتها غالباً[١]، وقد أشـــار القـــرافى إلـــى ذلك بقولـــه: ومن جعل يخرج الفروع بالمناســـبات الجزئـــية ، دون القواعـــد الكلـــية، تناقضت عليه الفروع ، واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت[٢].

وقـــيل: القاعدة : هى مجموعة الأحكام المتشابهة التى يجمعها قياس واحد يلم شتاتها ويضبط مفرداتها لإدخال الجزئيات تحت قانونها[٣].

ملاحظة:-

هـــذه التعريفات السابقة والمذكورة آنفا تتفق فى معناها مـــن كـــون القـــاعدة أمر كلى أو قضية كلية، وإن تباينت فى عباراتها.

والأمر الكلى: هو القضية الكلية أى المحكوم فيها على فرد.

(٤) الفرق بين الكل والكلى ونحو ذلك:

(١) مفهوم الكلى:-

الكلـــى:هـــو اللفـــظ المفـــرد الذى يصلح لأن يشترك فى معناه أفراد كثـــيرة،لوجود صـــفة،أو مجموعة من الصفات فى هذه الأفراد، مثال

---

(١) الأشـــباه والنظائر للسبكى مخطوط لوحه "٢" جمع الجوامع حـــ١ ص٢١ ، مختصر قواعد الفقه للعلائى حـــ١ ص٦٤ ط الكويت.

(٢) الفروق للقرافى حـــ١ ص٣.

(٣) تحقـــيق الاعتـــناء فى العرف والاستثناء للبكرى حـــ١ ص٨ ط دار الكتب العلمية — المدخل الفقهى العام حـــ٢ ص٩٤٦.

ذلك ، شجرة ، إنسان ، كتاب ، قلم ، ونحو ذلك.

(٢) الفرق بين الكلى والكل.

الكلـــى: يـــندرج تحته جزئيات، يمكن حمل الكلى على جميع أفراده، كلفـــظ إنســـان، يصـــدق هـــذا اللفظ على أحمد، ومحمود ، ومحمد وعلى ، ونحو ذلك.

الكل: يندرج تحته أجزاء، لا يصح حمله على جميع أفراده،مثال ذلك، الـــباب كل ، يشمل الخشب والمسامير ، والغراء وغير ذلك، ولكن لا يمكن أن يقال: على الخشب وحده باب، ولا على المسامير.

(٣) الفرق بين الكلى واسم الجمع[1].

إن الاسم الكلى : يشترك فى معناه أفراد كثيرة ويصدق على كل واحد منها.

أمـــا اســـم الجمع : فيطلق على أفراد كثيرة مجتمعة ولكنه لا يصدق على كل واحد منها على انفراده.

(٤) مفهوم الاسم الجزئى:-

أما الاسم الجزئى:هو ما يطلق على شيئ واحد بعينه. أو هو : اللفظ المفرد الذى لا يصلح معناه، لأن يشترك فيه أفراد كثيرة مثل : القاهرة ، الشمس، القمر ، النيل.

(٥) توضيح:-

أمـــا قـــول الفقهاء فى تعريف القاعدة تفهم أحكامها منها. أى تصرف أحكام جزئيات موضوع القاعدة من القاعدة نفسها.

ومثال القاعدة الفقهية : اليقين لا يزال بالشك[2].

---

(١) الفوائد الجنية جـــ١ ص٦٢.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٥٦.

المطلب الثانى

فى الفرق بين القواعد الفقهية والأصولية والنحوية

أولاً: القواعد الأصولية والنحوية:

بالتأمل فى القواعد الأصولية ، والنحوية ، ظهر لنا أنها قواعد كلـية ، بمعنى أنه لا تخرج فرعية عن حكم قاعدتها، ومن ثم فكـل أمـر لم يقترن بما يصرفه عن الوجوب، فهو يدل على الوجـوب قطعياً ، وكل فاعل مرفوع ، وكل مفعول به يجب أن يكون منصوباً.

ثانياً: القواعد الفقهية:

وأما قواعد الفقه، فإن أحكامها أغلبية ، وغير مطردة ، أى ليسـت كلـية، وبـناءً على ذلك، فقواعد الفقه ، هى قواعد أغلبية وليست مطردة.

هل كون القواعد الفقهية أغلبية وغير مطردة منقص لها؟.

والجـواب : أن قـول الفقهـاء: إن قواعد الفقه أغلبية، وغير مطردة ، لا ينقص من كليتها ولم يقدح فى عمومها ذلك ، لأن الأمر الكلى إذا ثبت ، فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضاه ، لا يخرجه عن كونه كلياً، وكذلك أيضاً فإن الغالب الأكثرى معتبر فـى الشريعة اعتبار القطعى ، لأن الجزئيات المتخلفة لا ينتظم مـنها كلـى يعـارض هـذا الكلى الثابت، وهذا حال الكليات الاسـتقرائية، وإنمـا يتصور أن يكون تخلف بعض الفرعيات

قادحـــاً فى الكليات العقلية ، فالكلية فى الاستقرائيات صحيحة ، وإن تخلف عن مقتضاها بعض الجزئيات(١).

ومـــن ثـــم فالعموم العادى لا يوجب عدم التخلف، بل الذى يوجـــب عدم التخلف إنما هو العموم العقلى ، لأن العقليات طريقها البحـــث والنظر. وأما الشرعيات فطريقها الاستقراء ، ولا ينقصه تخلف بعض المفردات. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن تخلف مسالة ما، عن قاعدة ما، يلزم منه اندارج هذه المسألة تحت قاعدة أخـــرى ، فلـــيس استثناء جزئية من قاعدة ما، يقادح فى كلية هذه القـــاعدة، ولا بمخـــرج لـــتلك الجزئـــية عن الاندماج تحت قاعدة أخرى(٢).

وسيتضـــح ذلـــك جلياً عند دراستنا لهذه القواعد بمشيئة الله تبارك وتعالى.

إيضاح :-

ومعنى حكم القاعدة الفقهية أنها أغلبية أى أنها تنطبق على معظـــم جزئـــياتها ، لتعرف أو لتفهم أحكامها منه. فأحكامها ليست كلـــية بـــل هى أغلبية، ذلك أن بعض فروع تلك القواعد يعارضها أثـــر، أو ضرورة ، أو قيد أو علة مؤثرة ، فتخرجها عن الإطراد فحكم عليها بالأغلبية لا بالاطراد(٣).

---

(١) الموافقات للشاطبى حـــ٢ ص٥٢-٥٣ بتصرف.

(٢) الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية للدكتور/ محمد صدقى أحمد البورنو ص١٥٥.

(٣) توضـــيح الأحكـــام مـــن بلوغ المرام لعبد الله البسام حـــ١ ص٥٧ ط دار القبلة للثقافة الإسلامية.

المطلب الثالث

فى منزلة القواعد الفقهية فى الشريعة الإسلامية وما تتميز به.

(أ) سمة القواعد الفقهية:-

تتميز القواعد الفقهية ، بإيجازها ، ودقة صياغتها ، إذ أن القواعد الفقهية تشبه جوامع الكلم، وتتميز بالإيجاز فى التعبير مع شمولية المعنى ، وتصاغ القاعدة الفقهية غالباً من جملة مفيدة مكونة من كلمتين ، أو بعض كلمات من ألفاظ العموم. مثال ذلك، [العادة محكمة] و [الخراج بالضمان] و [الأمور بمقاصدها] فكلماتها موجزة وجيزة ، إلا أن تلك الكلمات تتسع لكثير من الأحكام والفروع.

قال السيوطى : فقاعدة [الأمور بمقاصدها] تدخل فى سبعين باباً من أبواب الفقه(١).

وما ذلك ، إلا لأن من أغراض القاعدة سرعة استحضارها وثبوتها فى الذهن وسرعة الاستحضار، والثبوت فى الذهن يناسبهما الإيجاز ، وتقليل الكلام، ومن المعلوم أن الإيجاز نوع من أنواع الإعجاز البلاغى ، يحتاج إلى مقدرة فقهية عالية ، وامتلاك لناصية البيان.

---

(١) الأشباة والنظائر للسيوطى ص١ ط سابقة.

(ب) رتبة قواعد الفقه:-

إن هــذه القواعــد الفقهــية عظيمة النفع، كبيرة القدر، وتظهر فائدتها وأهميتها فى النقاط الآتية:-

الأولــى: إن القواعــد الفقهــية وسيلة لتحقيق علوم الشريعة، وشمولها للأحكام العملية ، والحوادث التى تتجدد على مر العصور والأجيال.

الثانــية : إن دارسة قواعد الفقه ومعرفتها يؤدى أجل الخدمات للفقــه والفقهــاء، فمن حيث نفعها للفقه ، تجعله دائم التجدد والاستمرارية ، ومن ثم فلا تتجمد مسائله ولا تتحجر قضاياه.

ومــن حيث نفعها للفقهاء ، تأخذ بأيديهم إلى أيسر السبل لاســتنباط الأحكــام ، وضــبطها بضوابط وقوانين ، فى شكل مجموعــات علــى أســاس اشتراك كل مجموعة فى العلل، أو تجمعهــا وحدة المناط، سواء اتحدت موضوعاتها وأنواعها أو اختلفت[1].

(ح) إشادة القرافى بقواعد الفقه:-

وقد أشاد القرافى بمنزلة القواعد الفقهية ومكانتها ، فذكر أن قدر الفقيه يعظم بقدر احاطته بها، وفضل الفقيه يرقى ويعلو كلمــا كــان على صلة وثيقة بها، فقال : إن الشريعة المحمدية

---

(١) إيضاح المسالك إلى مذهب الإمام مالك ص١٢٢.

اشتملت على أصول ، وفروع ، وأصولها قسمان:

أحدهمـــا : المســـمى أصـــول الفقه، وأغلب مباحثه فى قواعد الأحكـــام الناشئة عن الألفاظ، كدلالة الأمر على الوجوب ، ودلالـــة النهى على التحريم ، وصيغ العموم ، وما يتصل بذلك كالنسخ والترجيح.

الـــثانى: هو القواعد الكلية الفقهية ، وهى جليلة القدر ، كثيرة العدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه ، لكل قاعدة من الفروع فى الشريعة ما لا يحصى. ولم يذكر منها شيئ فى أصول الفقه ، وإن أشير إليها هناك على سبيل الإجمال لا التفصـــيل وهـــذه القواعد مهمة فى الفقه ، عظيمة النفع ، وبقـــدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقية ويشرف ، وتتضح له مـــناهج الفـــتوى وتكشـــف، ومـــن جعـــل يخرج الفروع بالمناســـبات الجزئـــية دون القواعـــد الكلية تناقضت عليه الفروع ، واختلفت واحتاج إلى حفظ جزئيات لا تتناهى.

ومـــن ضـــبط الفقـــه بقواعده ، استغنى عن حفظ أكثر الجزئـــيات لاندراجها فى الكليات وتناسب عنده ما تناقض عند غيره[1].

وقـــال الزركشى: فإن ضبط الأمور المنتشرة، المتعددة فـــى القوانين المتحدة وهو أوعى لحفظها ، وأدعى لضبطها ،

---

(١) الفروق للقرافى حـــ١ ص٣، مع تصرف يسير فى العبارة.

وهـــى إحـــدى حكم العدد التى وضع لأجلها ، والحكيم إذا أراد التعلـــيم لابد له أن يجمع بين بيانين إجمالى تتشوق إليه النفس، وتفصـــيلى تســـكن إليه وقال : هى قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعه على مآخذ الفقه على نهاية المطلب[١].

فأهمـــية قواعـــد الفقه: هى الإلمام بكثير من الأشباه والنظائر ، ليـــتأتى الإلحـــاق والتخريج ولولا هذه القواعد، لبقيت الفروع الفقهية مشتته، وقد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها.

وقال السيوطى: اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم ، به يطلع على حقائق الفقه، ومداركه، ومآخذه وأسراره، ويتمهر فـــى فهمـــه واستحضـــاره ، ويقـــتدر على الإلحاق والتخريج، ومعـــرفة أحكـــام المســـائل التى ليست بمسطورة ، والحوادث والوقائع التى لا تنقضى على ممر الزمان[٢].

(١) المنثور للزركشى حـــ١ ص٦٥-٦٦.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٦.

المطلب الرابع
فى أنواعها ومراتبها

القواعـد الفقهـية ليست على درجة واحدة، كما أن هذه القواعـد جمـيعها محـل اتفاق بين الفقهاء فى جميع المذاهب المخـتلفة، بـل إن منها ما هو محل اتفاق ، ومنها ما هو محل خلاف كما يتضح ذلك فيما بعد.

أولاً: أنواعها من حيث العموم والشمول "قواعد كبرى"

فمن حيث العموم والشمول ، هناك القواعد الكلية الكبرى، وهذه القواعد تشبه النظريات العامة فى الوقت الحاضر، وذلك، لأنها تسـتوعب أحكامـاً لا تحصى ، من أبواب وموضوعات الفقه المخـتلفة، وهـى فى نفس الوقت محل اتفاق بين الفقهاء على اخـتلاف مذاهـبهم ، وجمـيع أهل العلم متفقون على أصلها والاعـتداد بها، واعتبارها قاعدة فقهية ، إلا أنهم قد اختلفوا فى إدخال بعض الفروع الفقهية تحت مدلولها. وهذه القواعد الكلية الكبرى هى:

١- قاعدة : [الأمور بمقاصدها]

٢- قاعدة : [اليقين لا يزول بالشك]

٣- قاعدة:[الضرر يزال] ومثلها قاعدة [لا ضر ولا ضرار]

٤- قاعدة: [المشقة تجلب التيسير].

٥- قاعدة: [العادة محكمة].

ثانياً : قواعد فرعية أو جزئية:

وهــناك قواعــد فقهية كبرى أيضاً، إلا أنها أقل شمولاً، وأقل استيعاباً للأحكام من القواعد السابقة المتفق عليها، منها ما يندرج تحت القواعد الخمس السابقة.

ومــنها: ما لا يندرج تحت أى منها ، وتشتمل على فروع من أبــواب فقهــية كثيرة، وتسمى قواعد فرعية مثل قاعدة [إعمال الكلام أولى من إهماله] (١).

ثالثاً: قواعد مختلف فى شأنها:

وهــناك قواعــد فقهية عامة، اختلف الفقهاء فى شأنها ، واخــتلفوا أيضــاً فى المسائل الفقهية التى تندرج تحتها ، وهذه القواعــد تــرد صــيغتها مقرونة بالاستفهام ومثالها:[الظن هل ينقض بالظن أو لا] ومثالها أيضاً [العقد هل يتعدد بتعدد المعقود علــيه أو لا] و [هل العبرة بالحال أو المآل]و [النادر هل يلحق جنسه بنفسه] (٢).

وهــذه القواعــد تــترد كثيراً على ألسنة الفقهاء حينما يتعرضون لسبب الخلاف فى المسألة كابن رشد فى كتاب [بداية المجتهد ونهاية المقتصد] وغيره من أئمة المذاهب المختلفة(٣).

---

(١) الفروق للقراف حــ١ ص٣ بتصرف فى العبارة.

(٢) الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية ص١٩-٢١

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٦٢.

رابعاً: قواعد محل خلاف وذات مجال محدود:

ومـــن القواعـــد الفقهية ، ذوات مجال محدود من حيث استيعابها للفروع الفقهية ، حيث إن مجالها ونطاقها في الفروع خاص بباب واحد من أبواب الفقه، فهي أحكام متشابهة لنوازل كثـيرة ، ولكنها من باب واحد. وهذا النوع من القواعد منها ما هـــو متفق عليه مثل قولهم: [كل كفارة سببها معصية فهي على الفـــور] و [وكل ماء لم يتغير أحد أوصافه طهور] و [كل طير مباح الأكل].

ومنها ما اختلف فيه مثل قولهم:

[كـــل عضـــو غسل يرتفع حدثه أو لا ، إلا بالكمال والفراغ] و [كـــل جـــزء في الصلاة قائم بنفسه أو صحة أوله متوقف على صحة آخرها] [١].

---

(١) القواعد الفقهية ، لمحمد الزحيلي ص١٥.

المطلب الخامس

فى الفرق بين علم الفقه، وعلم أصول الفقه وعلم القواعد الفقهية الكلية

(أ) أولاً: علم الفقه:

(١) تعريف الفقه فى اللغة:

يطلق الفقه فى اللغة على ثلاثة معان: بيانها كالآتى:-

الأول: الفهم مطلقاً. سواء أكان المفهوم دقيقاً أم غيره ، وسواء أكـان غرضـاً لمـتكلم أم غيره. والدليل على ذلك ما جاء فى القرآن على لسان قوم سيدنا شعيب -عليه السلام- ﴿ مَا نَفْقَهُ كَثِيراً مِمَّا تَقُول ﴾ (١)؛ وقولــه تعالى: فى شأن الكفار:﴿ فَمَالِ هَؤُلاءِ الْقَوْمِ لا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثاً ﴾ (٢)، وقوله تعالى: وَإِنْ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا يُسَبِّحُ بِحَمْدِهِ وَلَكِنْ لا تَفْقَهُونَ تَسْبِيحَهُمْ(٣)، فهذه الآيات تفيد أن الفقه هو الفهم للأشياء الدقيقة فقط، ومن ثم فلا يصلح أن نقول: فقهت أن السـماء فوقنا، وأن الأرض تحتنا. وهذا القول محل نظر، بل مردود بما سبق من الآيات أن الفقه هو الفهم مطلقاً.

الثالث: الفقه: هو فهم غرض المتكلم من كلامه وبناء على ذلك ، فـلا يسمى فهم لغة الطير فقهاً وهذا أيضاً مردود بما رد به

---

(١) من الآية رقم (٩١) من سورة هود .

(٢) من الآية رقم (٧٨) من سورة النساء .

(٣) من الآية رقم (٤٤) من سورة الإسراء.

القول الثاني.

والفقـــه: بالفتح سبق غيره على الفهم، وبالكسر فهم كل شيئ، وبالضم صار الفقه له سجية(١).

(٢) تعريف الفقه في الاصطلاح:-

ورد للفقه عدة تعريفات في الاصطلاح نورد بعضها ثم أختار منها تعريفاً لبيانه إتماماً للفائدة.

قال السيوطي : الفقه معرفة النظائر(٢).

وعرفه أبو حنيفة: بأن الفقه: معرفة النفس ما لها وما عليها(٣).

وفي الاصطلاح: هو الإدراك الجازم المطابق للواقع عن دليل، والمـــراد بالعلم هنا هو الظن، لأن أغلب أبواب الفقه من قبيل المظـــنون، وكثيراً ما يطلق على العلم الظن، لأن العلم إدراك والظن إدراك ، وقوله : [بالأحكام] الحكام : جمع حكم، والمراد بـــه هنا هو النسبة الحكمية ، سواء أكانت بين الأشياء الخمسة الـــتي هي الوجوب، والتحريم ، والندب، والكراهة، والإباحة، وبيـــن أفعـــال المكلفين أو بين غيرهما. وقوله: [الشرعية] أي الموقوفـــة على خطاب الشرع، واحترز به عن الأحكام العقلية، كالحكم بالتماثل، والحسية كالحكم بحرارة النار.والاصطلاحية: كالحكم برفع الفاعل وقوله [العملية] قيد في التعريف احترز به

(١) لسان العرب حـــ٥ ص٣٤٥٠، المصباح المنير حـــ٢ ص٦٥٦.

(٢) الأشباه والنظائر حـــ٦، المنثور للزركشي حـــ١ ص٦٦.

(٣) التلويح على التوضيح لصدر الشريعة حـــ١ ص٥ دار الكتب العلمية.

عن الأحكام الاعتقادية ، كالعلم بأن الله واحد.

وقال الغزالى:الفقه عبارة عن العلم والفهم فى أصل الوضع، ولكن صار بعرف العلماء عبارة عن العلم بالأحكام الشرعية الثابتة لأفعال المكلفين خاصة(١).

وقال صاحب فواتح الرحموت: الفقه: حكمة فرعية شرعية(٢).

وعرفه الزركشى بقوله: معرفة الحوادث نصاً واستنباطاً(٣).

وعرفه البيضاوى بقوله: الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية(٤) ، وبالتأمل فى هذه التعريفات السابقة ظهر لى أن تعريف البيضاوى هو أكثر التعريفات دقة، وأكثرها شمولاً، وأبعدها عن النقد ، لما تضمنه من قيود، لذا فهو التعريف المختار للبيان.

شرح تعريف الفقه للبيضاوى:

[العلم] فى اللغة: مطلق الإدراك وإنه يرى فى الآخرة. وفرق بين العمل والفعل، فالعمل خاص بالجوارح، والفعل أعم، فشمل عمل القلب ، فكل فعل عمل، وليس كل عمل فعل، وقوله [المكتسب] بالرفع صفة للعلم، وهو قيد فيه، احترز به عن علم الله سبحانه، وعلم جبريل بما ذكر ، وعلمنا بالأمور المعلومة

---

(١) المستصفى للغزالى حـ١ ص٤.

(٢) هامش المستصفى حـ١ ص٢٠.

(٣) المنثور فى القواعد حـ١ ص٦٩.

(٤) نهاية السول للبيضاوى حـ١ ص٢٢ ط دار الكتب العلمية.

من الدين بالضرورة، كالعلم بوجوب الصلوات الخمس ، فجميع ذلك ليس بفقه ، لأنه غير مكتسب.

وقولـــه: [الأدلـــة] جمع دليل، وهو فى اللغة من دل. بمعنى هدى وأرشد وأبان.

وفـــى الاصـــطلاح: مـــا يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى المطلـــوب مطلقاً ظناً أى قطعاً. فيكون شاملاً للأمارة ، كأخبار الآحـــاد ، والقـــياس، والاستصـــحاب، وغـــير ذلك من الأدلة المختلف فيها، والمتفق عليها. وقوله : [التفصيلية] قيد فيه خرج بـــه علم المكلف المقلد، فإنه لا يسمى فقهاً ، لكونه مكتسباً من دلـــيل إجمالى، وهو هنا ما أفتانى به المجتهد ، وكل ما أفتى به المجتهد فهو وحكم الله تعالى فى حقى ، والدليل التفصيلى: هو مـــا دل علـــى حادثـــة واحدة مثل : أقيموا الصلاة، دليل على وجـــوب الصـــلاة ، بخلاف الدليل الإجمالى الذى يشتمل على كثـــير مـــن الأدلـــة التفصيلية، كالكتاب، والسنة، والإجماع ، والقياس وغيرها[1].

(٣) موضوع علم الفقه:

أمـــا موضـــوع علم الفقه: هو الأحكام التى شرعها الله تعالى للمكلفين ، كالوجوب والتحريم والإباحة والندب والكراهة والصـــحة والفســـاد والـــبطلان، وكون العبادة قضاء أو أداء،

(١) نهاية السول المصدر السابق.

وأمثال ذلك. فهذا النوع من الأحكام الشرعية الفرعية ، أو علم الفــروع هو الذى يختص باسم الفقه دون غيرها من الأحكام، وإن كانت أحكاماً شرعية ، كأحكام التوحيد.

وعلم الفقه:هو علم يبحث فيه أيضاً عن أحكام البيع، والصلاة ، والجهاد ، والعقوبات وغيرها.

وموضوعه ، أفعال المكلفين كما سبق بيانه.

(ب) علم أصول الفقه:

(١) تعريف لفظ الأصول لغة:

الأصــل : أسفل كل شيئ ، وجمعه أصول ، لا يكسر على غير ذلك[١] والأصل : أساس الشيئ الذى يقوم عليه، والأصل: منشأ الشيئ الذى ينبت منه، والأصل : كرم النسب وقولهم: لا أصل له ولا فصل أى لا حسب ولا نسب[٢].

والأصــل: العقل. وفى قولهم : ما فعلته أصلاً ولا أفعله أصلاً، أى مــا فعلــته قــط، ولا أفعله أبداً ، بمعنى ما فعلته وقتاً من الأوقات ولا أفعله حيناً من الأحيان[٣].

(٢) تعريف الأصل فى الاصطلاح:

الأصــل فــى الشرع: عبارة عما يبتنى عليه غيره ولا يبتــنى هــو علــى غــيره. ويــرد الأصــل بمعنى الراجح،

---

(١) لسان العرب حـــ١ ص٨٩، المعجم الوجيز ص١٩ ط خاصة.

(٢) القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً ص٢٠ لسعدى أبو جيب ط دار الفكر.

(٣) القاموس الفقهى المرجع السابق.

والمستصحب،والظاهر والدليل، والتعبد ، والقالب ، والمخرج .
والمراد بالأصل فى قول فقهاء الحنفية : كتب محمد بن الحسن الشيبانى وهى: الجامع الصغير، والجامع الكبير، والمبسوط ، والزيادات ، والسير الكبير ، والسير الصغير[(١)].

(٣) تعريف علم أصول الفقه اصطلاحاً:

أصـــول الفقه عند الحنفية : هو العلم بالقواعد التى يتوصل بها إلـــى الفقـــه[(٢)] أو هو : قواعد يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية[(٣)]، وبناءً على ذلك ، فعلم أصـــول الفقه هو العلم بمجموعة القواعد التى تبنى للفقيه طرق اســتخراج الأحكام من الأدلة الشرعية، سواء كانت تلك الطرق لفظــية كمعـــرفة دلالات الألفــاظ الشـــرعية علـــى معانيها، واستنباطها منها، وطرق التوفيق بينها عند التعارض. أو كانت طـــرق معنوية كاستخراج العلل من النصوص وتعميمها، وبيان طرق استخراجها.

مـــثال ذلـــك : إذا أراد الأصولى أن يثبت حكماً شرعياً ، فإنه يـــنظر فـــى لفظ النص الذى يريد إثبات الحكم به كما فى قوله تعـــالى: ﴿ وَأَقِـــيمُوا الصَّـــلاةَ ﴾ [(٤)]، وقولـــه تعـــالى:﴿ وَلا تَقْرَبُوا

---

(١) القاموس الفقهى المرجع السابق.

(٢) التعريفات للجرجانى ص٤٥.

(٣) أصول الفقه الإسلامي للشيخ/ على حسب الله ص١١.

(٤) من الآية رقم (٤٣) من سورة البقرة.

الزِّنَى ﴾ [1] ، فيجد الأصولى أن لفظ النص الأول من قبيل الأمر المجرد عن القرينة ، ويجد أن لفظ النص الثانى من قبيل النهى المجرد عن القرينة أيضاً، ثم يستحضر ما تقرر عنده من قواعد أصــولية فى الأمر المجرد، فيجده يفيد الوجوب والنهى المجرد يفــيد الــتحريم فــيقول:﴿ وَأَقِــيمُوا الصَّلاةَ ﴾ أمر ، والأمر يفيد الوجوب فالصلاة واجبة. وكذلك يفعل فى النص الثانى فيقول: ﴿وَلا تَقْــرَبُوا الــزِّنَى ﴾ نهى والنهى يفيد التحريم، فالزنا حرام ، ومــن ثــم فــنظر الأصولى يتركز على اللفظ دون المعنى[2] فموضــوع علــم أصول الفقه "هو الأدلة الإجمالية ، والأحكام الكلية، وكيفية استنباط الأحكام منها.

(حـــ) علم القواعد الفقهية الكلية:

لقــد ســبق تعريف الفقه لغة واصطلاحاً ، وكذلك أيضاً تعريف القاعدة، مما يغنى عن إعادة ذلك هنا.

أمـــا القواعــد الفقهــية: فهى عبارة عن مجموعة من الأحكام المتشابهة ، التى ترجع إلى قياس واحد يجمعها ، أو ترجع إلى ضــابط فقهــى يربطها، ومن ثم ، فالقواعد الفقهية الكلية ثمرة للأحكام الجزئية المتفرقة، يجتهد فقيه مستوعب للمسائل، فيربط بين هذه الجزئيات المتفرقة برباط، هذا الرباط هو القاعدة التى تحكمها ، فالقاعدة مبنية على الجمع بين المسائل المتشابهة من

---

(١) من الآية رقم (٣٢) من سورة الإسراء.

(٢) أصول الفقه لأستاذنا د/ محمد أبو النور حـــ١ ص٣.

الأحكام الفقهية الجزئية .

والهدف منها هو تقريب المسائل الفقهية وتسهيلها.

وموضـــوع علم قواعد الفقه: هو جمع المسائل المتشابهة ، في مجموعـــات متشـــابهة لرابط يربط بينها من قياس، أو ضابط فقهـــي يحيط بها، أو كونها ترجع إلى علة واحدة تجمعها تحت قاعدة. ويمكننا أن نوجز الفرق بين علم الفقه، وأصوله وقواعده في الأمور الآتية:

الأول: من حيث أسبقية الوجود:

القواعـــد الفقهية لاحقة – متأخرة– في وجودها الذهني، والواقعـــي عـــن الفـــروع، لأن القواعـــد الفقهية تجمع شتاتها ومـــتفرقاتها، وتـــربط بيـــنها . خلافـــاً للقواعد الأصولية فهي موجودة ذهنياً وواقعياً قبل وجود الفروع لأن القواعد الأصولية هي القيود التي أخذ الفقيه نفسه بها عند الاستنباط.

الثاني: من حيث الموضوع:

أن القواعـــد الفقهية موضوعها دائماً فعل المكلف . أما القولعد الأصولية ، فموضوعها الدليل والحكم(١).

الثالث: من حيث النظر والتأمل:

إن النظر في القواعد الفقهية، خاص بالمعنى، من حيث تحقـــق معنى القاعدة في الفرع الذي يراد النظر في حكمه، أو

---

(١) القواعد الفقهية تاريخها وأثرها في الفقه ص١١٣ للوائلي

عــدم تحقق المعنى فيه أما النظر فى القواعد الأصولية خاصاً بـــاللفظ من حيث تحقق اللفظ فى الفرع الذى يراد إثبات الحكم الشرعى له، أو عدم تحققه فيه(١).

مثال توضيحى:

الفقـــيه إنما ينظر فى قواعد الفقه من حيث المعنى، فلو أراد الفقـــيه إثـــبات حكـــم واقعة ما، كأن أراد بيان حكم رجل توضـــأ ، ثم شك فى انتقاص وضوئه ، فإنه ينظر فيه من حيث المعـــنى، فـــيقول: وضوء متيقن طرأ عليه شك، ثم يستحضر القـــاعدة الـــتى قـــررها الفقهاء وهى [اليقين لا يزول بالشك] فـــيجعل القاعدة مقدمة صغرى لقياس من الشكل الأول، ويجعل الحادثـــة الـــتى يـــريد إثبات حكمها مقدمة كبرى لهذا القياس، فـــيقول: وضوء متيقن طرأ عليه شك، واليقين لا يزول بالشك، فالوضوء باق لم يزل، فهذه نتيجة هذا القياس. فالفقيه ينظر إلى معنى القاعدة دون لفظها.

أمـــا الأصولى: إذا أراد أن يثبت حكماً شرعياً لأمر، نظر إلى لفـــظ الـــنص الـــذى يريد إثبات الحكم له كقوله تعالى [أقيموا الصلاة] نظر إلى لفظ النص فيجده من قبيل الأمر المجرد عن القريـــنة ثم يستحضر ما عنده من القواعد الأصولية فى الأمر المجـــرد فـــيجده يفيد الوجوب ، فيجعل النص الذى يريد إثبات

(١) الاعتناء فى الفرق والاستثناء جـــ١ ص١١-١٤ .

الحكم فيه مقدمة كبرى لقياس من الشكل الأول، ويجعل القاعدة مقدمـــة صـــغرى لهـــذا القياس، فيقول: [أقيموا الصلاة] أمر مجـــرد، والأمر المجرد يفيد الوجوب، فالنتيجة الصلاة واجبة، فالأصولى ينظر إلى اللفظ دون المعنى.

الرابع: من حيث الأصل فى إثبات الحكم أو عدمه:

القاعدة الفقهية، ليست أصلاً فى إثبات حكم جزئياتها، بل حكـــم القـــاعدة نفسها مستمد من حكم جزئياتها ، ذلك لأن كل قـــاعدة فقهـــية، إنما تكونت من المعنى الجامع بين جزئياتها ، ومن أجله حكم عليها بهذا الحكم فواضع القاعدة قبل أن يضعها جمـــع جزئـــياتها ونظر إلى معنى جامع بينها، والذى من أجله كـــان الحكم فيها واحد، ثم وضع قاعدة تشتمل على هذا المعنى الجـــامع . أمـــا القـــاعدة الأصولية فهى أصل فى إثبات حكم جزئياتها.

مثال توضيحى:

مـــن القواعد الفقهية :الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد- فقبل أن يضـــعها الواضع نظر فى جزئياتها، مثل ، إذا تغير اجتهاد المصـــلى فـــى تعيـــن القـــبلة، فوجد أنه يجب عليه أن يعمل بالاجـــتهاد الـــثانى، ولكـــن لا يبطل ما كان قد صلاه من هذه الصلاة بالاجتهاد الأول حتى لو كان صلى هذه الصلاة الواحدة إلى أربع جهات ، بأربع اجتهادات ، وتكون صلاته صحيحة.

أمـــا القـــاعدة الأصـــولية : فمثل الأوامر الشرعية من صوم،

وصلاة، وزكاة ، وحج ، وغير ذلك من أوامر شرعية ثبت لها الوجــوب بنصــوص الأوامــر الخاصة بها، وهذه النصوص جزئيات للقاعدة الكلية التى هى الأمر المطلق يفيد الوجوب.

الخامس: من حيث الاطراد وعدمه:

ومــن الفــروق، أن القواعد الفقهية غير مطردة بل إن حكمهــا أغلــبى وأكــثرى، ومعنى الاطراد أن القاعدة يتحقق حكمها فى كل جزئية ولا يشذ منها فرع إلا وهو مندرج تحتها، والقــاعدة الفقهــية ليست كذلك، لأن حكمها ينطبق على أغلب وأكــثر فروعها، لأنها أغلبية لا مطردة ، لأننا لا نجد من بين القواعــد الفقهــية قــاعدة واحدة، إلا وجدنا أن بعض جزئياتها مســتثناه من حكم القاعدة ، كما سنرى فيما بعد، بل إن بعض القواعــد مــا استثنى من فروعها أكثر مما اندرج تحت حكمها ففــى قاعدة " من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه" قال الســيوطى : إذا تأملــت ما أوردناه علمت أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها، بل فى الحقيقة لم يدخل فيها غير حرمان القاتل الإرث[1].

السادس: من حيث الترجيح:

إذا حصــل تعــارض بيــن القــاعدة الفقهية، والقاعدة الأصــولية ، فــنرجح ونقــدم مقتضى القاعدة الأصولية على

---

(١)الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٧٠

القـــاعدة الفقهـــية، أى نعمـــل بموجـــب الحكم الثابت بالقاعدة الأصولية، دون الحكم الثابت بالقاعدة الفقهية المعارض له.

مـــثال ذلـــك، لـــو قتلت أم ولد سيدها، وهى الأمة التى أحبلها سـيدها، فولدت حياً أو ميتاً أو ما يجب فيه غرة، كمضغة فيها صـورة آدمـى ظاهـرة أو خفية، أخبرها القوابل، وهى تعتق بموت السيد وقام الإجماع على عدم صحة بيعها[1]. فإنه مما لا شـك فيه أن قتلها لسيدها تعجيل لحريتها ، فلو نظرناً إلى هذا الفرع من جهة القاعدة الفقهية التى تقول " من استعجل شيئاً قبل أوانـه عوقب بحرمانه" نجد أنها لا تعتق، لأنها بقتلها استعجلت العـتق قبل أوانه . ولو نظر إليه من جهة القاعدة الأصولية ، لوجدنا أن هناك يقضى بعتقها وهو قوله ﷺ [أعتقها ولدها] [2]. ولم يقيد عتقها باستعجال أو عدمه ، وإن كانت صيغة إخبار من الرسـول ﷺ ، إلا أنه أمر بصيغة الخبر، فكان أمر باعتاق أم الولد بعد موت السيد . والقاعدة الأصولية تفيد أن الأمر المطلق يفـيد الوجوب، فحصل تعارض بين القاعدة الأصولية وهى أن الأمـر المطلـق يفـيد الوجوب، والقاعدة الفقهية وهى أن من اسـتعجل شـيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه فالتعارض فى حكم إعتاق أم الولد الحاصل بهاتين القاعدتين ، إذ القاعدة الأصولية تقـرر عتقها، والقاعدة الفقهية تقرر عدم عتقها ولكن الفقهاء قد

(١) نهاية المحتاج للرملى جـ١ ص٤٢٨ ط مصطفى الحلبى..

(٢) سنن الدار قطنى جـ٤ ص١٣٤ ط المتنبى.

حكموا بمقتضى القاعدة الأصولية وقالوا: بعتقها مطلقاً (١).

فوظـــيفة الأصولي: البحث عن القواعد الكلية، وتقريرها بأدلة شرعية.

ووظـــيفة الفقـــيه: استنباط الأحكام الجزئية من الأدلة الشرعية باستخدام تلك القواعد الكلية والقائم بالوظيفتين: أصولى وفقيه، فـــلا مانع من الجمع بينهما كما لا يخفى(٢)، فكل فقيه أصولى ، ولا عكس.

---

(١) توضيح الأحكام من بلوغ المرام جـــ١ ص٥٩ .

(٢) أصول التشريع الإسلامي ص١٣ لعلى حسب الله، الإغناء في الفرق والاستثناء لابن سليمان البكرى جـــ١ ص١١-١٤ .

المبحث الثانى

فى "سندها الشرعى وحجيتها، والفرق بينها وبين النظرية والضابط

....

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

فى السند الشرعي للقاعدة الفقهية

المطلب الثانى:

فى حجية القاعدة الفقهية

المطلب الثالث :

فى الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية والضابط

المطلب الأول

فى السند الشرعي للقاعدة الفقهية

****

السند الشرعي للقاعدة الفقهية هى الأدلة الشرعية

١- فقد يكون مصدر ثبوتها، نصاً من كتاب الله تعالى مثل قاعدة " المشقة تجلب التيسير" فإن سندها الشرعي قوله تعالى ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (١).

وبمعناها وردت آيات كثيرة فى كتاب الله ﷻ وهى تدل دلالة واضحة على أن الله تعالى شرع الأحكام سهلة ميسرة ، فما من عمل من أعمال القلب أو الجوارح ، إلا وهو فى وسع وطاقة المكلف.

والأدلة على رفع الحرج والمشقة فى هذه الأمة المحمدية ، بلغت مبلغ التواتر، ومن ثم فقد سمى هذا الدين بالحنيفية السمحة لما فيه من اليسر والتيسير.

قال ﷺ [بعثت بالحنيفية السمحة] [وما خير رسول الله ﷺ بين أمرين، إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً، فإن كان إثماً كان أبعد الناس منه] وقال [يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا] (٢) وأرشد ﷺ الناس فى بيعهم وشرائهم إلى التسامح والتساهل

---

(١) من الآية رقم (٧٨) من سورة الحج .

(٢) فتح البارى جـ١ ص٨٧ ، مجمع الزوائد جـ١ ص٦١ .

فقال [رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع ، سمحاً إذا اشترى ، سمحاً إذا اقتضى] [1].

٢- وقد يكون سند القاعدة الفقهية من السنة النبوية كما فى قاعدة "الأمور بمقاصدها" فإن الأصل فيها قوله ﷺ [إنما الأعمال بالنيات] وهو حديث صحيح مشهور [2].

وقاعدة " اليقين لا يزول بالشك" فإنها مستنبطة من قوله ﷺ . [إذا وجد أحدكم فى بطنه شيئاً فأشكل عليه أخرج منه شئ أم لا؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً] [3].

أى لا ينصرف حتى يتقين من وجود الحدث لأن الأصل عدم النقض حتى يقوم ما يرفع هذا الأصل، فثبت بذلك أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك [4].

٣- كما يكون مصدر القواعد الفقهية ، مجموعة المسائل الفقهية التى يجمعها معنى شامل لها، وعلاقة جامعة بينها مثل قاعدة " يغتفر فى البقاء ما يغتفر فى الابتداء] فإجارة المشاع فاسدة ابتداء ، ولكن لو أجر بيتاً ثم استحق منه قسم شائع، فتبقى الإجارة فى الحصة الباقية . وكذا لو أجر الكل ثم فسخ الإجارة فى بعض شائع ، جازت الإجارة فيما بقى، لأن الشيوع

---

(١) أخرجه البخارى ومسلم نظرية الضرورة ص٣٨ .

(٢) البخارى جـ١ ص٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩ .

(٣) صحيح مسلم جـ١ ص٢٧٦ .

(٤) حاشية النجدى على الروض المربع جـ١ ص٢٥٩ .

الطارئ لا يفسدها.

٤- وقــد يكــون مصدر القاعدة الفقهية ، الإجماع كقاعدة " لا اجتهاد مع النص" وقاعدة [الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد].

٥- وقــد يكــون مصدر القاعدة الشرعية هو تعليلات الأحكام الفقهــية الاجــتهادية ، مثل قاعدة " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" وقاعدة " الإقرار حجة قاصرة"[١].

---

(١) قواعــد الفقه الإسلامي دراسة علمية تحليلية مقارنة للدكتور عبد العزيز عزام ص٢٣-٢٤ ط مكتب الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر – الشرقية.

المطلب الثانى

فى حجية القاعدة الفقهية

****

(أ) محل الاتفاق على الحجية:

اتفــق الفقهاء على القول:بأن القواعد الفقهية تعتبر حجة ودلــيلاً شـــرعياً يمكن استنباط الأحكام الشرعية منها، إذا كان المصـــدر الشرعي لها هو كتاب الله تعالى، أو سنة رسول الله ﷺ ، لأن الاحتجاج بها نابع من الاحتجاج بأصلها، وهو الكتاب والسنة وذلك مثل قاعدتى " المشقة تجلب التيسير" فإن مصدرها قوله تعالى:﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (١).

وقاعدة " الأمور بمقاصدها" فإن مصدرها قول النبى ﷺ [إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى] (٢).

(ب) محل الاختلاف على الحجية:

أمـــا القواعد الفقهية، التى لم يكن مصدرها، الكتاب والسنة، بل أسســـها الفقهاء نتيجة استقراء المسائل الفقهية المتشابهة ، فهى محـــل اخـــتلاف بيـــن الفقهاء ، فى حكم الاحتجاج بها، وكان اختلافهم على رأيين : بيانهما كما يلى:

الرأى الأول: ذهـــب ابن فرحون ، وبعض الفقهاء إلى القول

---

(١) من الآية،رقم (٧٨) من سورة الحج .

(٢) لقد سبق تخريجه.

بعـــدم حجية القواعد الفقهية المكونة بالاستقراء ولم يكن سندها الشـــرعي الكتاب والسنة، وعدم الاعتداد بها، والاعتماد عليها فى استنباط حكم فقهي، وإنما تعتبر هذه القواعد شاهدا يستأنس بـــه، ولا يعـــتمد علـــيه فى تقرير الأحكام الشرعية، لأن فائدة القواعـــد الفقهـــية هـــو جمـــع وربـــط الفروع، وليس استنباط المسائل(١).

الرأى الثانى:ذهب القرافى ، وابن عرفه، وغيرهما من الفقهاء إلـــى القـــول: بحجية القواعد الفقهية ، وإن كانت مؤسسة على الاستقراء(٢).

ولكـــن يمكن الجمع بين الرأى الأول، والثانى، بأن عدم جـــواز اســـتناد القاضـــى أو المفتى إلى إحدى القواعد الفقهية وحدها، يكون فيما إذا وجد نص فقهى يمكن الاستناد إليه . أما إذا كانـــت الحادثة لا يوجد فيها نص فقهى أصلاً ، فعندئذ يمكن استناد الفتوى والقضاء إليها(٣).

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر جـــ١ ص١٠ مكتبة النهضة– بيروت.

(٢) الفروق جـــ١ ص٧٥ ، مواهب الجليل للحطاب جـــ١ ص٢٨ .

(٣) القواعـــد الفقهـــية للـــندوى ص٢٩٥ ، الشك وأثره فى العبادات ، رسالة ماجستير بكلية دار العلوم اعداد / حسن أحمد مصطفى ص١٥ .

المطلب الثالث

فى "الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية ، والضابط"

****

(أ) الفرق بين القاعدة والنظرية:

١- النظرية تشتمل على أحكام عامة، بينما القاعدة الفقهية تتضمن حكماً ينتقل إلى الفروع.

٢- النظرية لها أركان وشروط ، حتى تصبح نظرية عامة، خلافاً للقاعدة الفقهية حيث لا تشتمل على أركان وشروط.

إيضاح: يلاحظ أن ثمة بعض القواعد الفقهية التى تختلف فى فروعها ، ولكنها تتسم بصفة عامة ومزايا مشتركة فى موضوعها العام تحت نظرية معينة . ومنها على سبيل المثال القواعد الآتية " العادة محكمة" " استعمال النص حجة يجب العمل بها" " لا ينكر تغيير الأحكام المبنية على المصلحة أو العرف بتغير الزمان" " إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت" " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم" " التعيين بالعرف كالتعيين

بالـــنص"[1]. فهـــذه مجموعـــة من القواعد الفقهية ، متباينة فى فـــروعها الـــتى تندرج تحت كل منها، إلا أنه يمكن أن نضعها جمـــيعاً تحـــت عنوان "نظرية العرف" لأن العرف هو الطابع العام الغالب على جميع القواعد المذكورة[2].

(ب) الفرق بين القاعدة والضابط:

١- من حيث الدليل وعدمه:

يفرق بين القاعدة الفقهية والضابط من حيث الدليل، كما يلى: القـــاعدة أمر كلى، مبنى على دليل يتعرف منه أحكاماً جزئية غالباً . بمعنى أن الأمر الكلى الذى هو القاعدة يقصد به ضبط الصـــور المتشابهة ضبطاً تاماً لجميع الصور مع وجود الدليل على هذا الأمر الكلى، فإذا قلنا مثلاً :" اليقين لا يزول بالشك". فإنـــا تقصد بذكر ذلك ، الضبط التام لصور اليقين الكثيرة، فى أنهـــا محكوم عليها بحكم ، وهو أنها لا تزول بالشك ، وذلك ، لأن اليقيـــن أصـــل ، والشك عارض، فلا يكون مرجحاً بجانب الأصل، ولا يزول الأصل به.

أمـــا الضابط : فهو أمر كلى لا يعتمد على دليل . أى أن الأمر

---

(١) المستثنيات فى العبادات والمعاملات وقواعدها الشرعية التى ترد عليها فى الفقه الإســـلامى رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة للباحث نجاح عثمان أبى العينين إسماعيل ص٢١ .

(٢) الـــنظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الإسلامية أ .د/ أحمد فهمى أبو سنة ص٤٤ نشر دار التأليف سنة١٣٨٦، ١٩٦٧ م.

الكلـــى إذا قصـــد بـــه ضبط الصور المتشابهة بنوع من أنواع الضــبط ، من غير نظر إلى وجود دليل عليه ، فهو الضابط، وحيث وجد دليل للضابط كان قاعدة.

٢- من حيث تعيين الموضوع وعدمه:

موضـــوع القـــاعدة لـــيس معيناً ، وموضوع الضابط معيناً ، فجزئـــيات القاعدة منتشرة فى أبواب الفقه المدونة ، وفيما يجد مـــن الحـــوادث إلـــى أن يـــرث الله الأرض ومن عليها، مثال الضابط: ليس لنا نفل يجب الإحرام به قائماً إلا تحية المسجد ، فإنه متى جلس عامداً فاتت . قالوا: هذا خاص بباب الصلاة لا يـــتعداها[١] ومثال القاعدة : كل فاعل مرفوع : وكل مفعول به منصوب، وسواء كان محمداً أو علياً.

٣- من حيث جمع الفروع:

فـــرق أهـــل العلم بين القاعدة ، والضابط ، فقالوا: إن القـــاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى . والضابط يجمع فروعاً مـــن باب واحد ، ومثال ذلك قاعدة " الأمور بمقاصدها" تدخل فـــى أبـــواب فقهـــية مـــتعددة ، حتى قالوا: إنها تدخل فى ربع العـــبادات بكمالـــه، وتدخـــل فى العقود ونحوها ككنايات البيع والهبة والوقف ونحو ذلك، وتدخل أيضاً فيها من غير الكنايات فـــى مســـائل شتى ، كقصد لفظ الصريح لمعناه، ونية المعقود

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٤٦٦ ط عيسى الحلبى.

علـــيه فـــى المبيع، وتدخل فى بيع المال الربوى ونحوه، وفى الـــنكاح إذا نـــوى مـــا لو صرح به بطل، وتدخل فى كثير من مسائل القصاص والردة والسرقة وغير ذلك[1].

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٦٦ .

المبحث الثالث

فى نشأة القواعد الفقهية ، وتطور صياغتها ، وأهم الكتب المؤلفة فيها ومبادئه ونحو ذلك

****

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول :

فى "نشأة القواعد الفقهية وتطور صياغتها"

المطلب الثانى :

فى "أهم الكتب المؤلفة فى قواعد الفقه والفروق والاستثناء"

المطلب الثالث :

فى مبادئ علم قواعد الفقه ومنهج المؤلفين للقواعد

المطلب الأول

فى نشأة القواعد الفقهية وتطور صياغتها

****

(أ) نشأة القواعد الفقهية:

القواعد الفقهية لم توضع كلها مرة واحدة ، كما توضع النصوص القانونية فى وقت معين، على أيدى طائفة معينة من الناس، بل تكونت القواعد الفقهية بالتدريج فى عصور نهضة الفقه، وازدهاره ، على أيدى كبار فقهاء المذاهب المختلفة من أهل الترجيح والتخريج استنباطاً من دلالات النصوص الشرعية العامة ، ومبادئ أصول الفقه، وعلل الأحكام ، والمقررات العقلية، ثم اكتسبت صيغتها الأخيرة المأثورة عن طريق التداول والتحرير(١).

(ب) مصدر القواعد الفقهية:

قد كانت تعليلات الأحكام الفقهية الاجتهادية ومسالك الاستدلال القياسى عليها، أعظم مصدر لتقعيد هذه القواعد ، وإحكام صيغتها بعد استقرار المذاهب الكبرى ، وانصراف كبار أتباعها إلى تحريرها ، وترتيب أصولها وأدلتها . ولا يعرف لكل قاعدة مؤلف بعينه من الفقهاء ، إلا ما كان منها نص حديث نبوى كقاعدة " لا ضرر ولا ضرار" وما أثر عن

---

(١) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص١١٨ .

الشـــيخ أبى يوسف صاحب الإمام أبى حنيفة فى كتاب الخراج الذى وضعه للرشيد " ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف"[١] وكانت هذه القواعد تسمى أصولاً ، كما نـــرى بعض المصنفين القدماء يقولون: الأصل عند الإمام أبى حنـــيفة كذا وكذا أو هذا من أصول أبى حنيفة، وهذا واضح فى كـــتاب " تأسيس النظر" للدبوسى الحنفى حيث يقول : " الأصل عند أبى حنيفة أن الشئ إذا غلب عليه وجوده يجعل كالموجود حقـــيقة[٢] وقوله أيضاً :" الأصل عند علمائنا الثلاثة أن الخبر المـــروى عـــن النبى ﷺ من طريق الآحاد ، مقدم على القياس الصـــحيح . وعـــند مالك رضي الله عنه القياس الصحيح ، مقدم على خبر الآحاد[٣].

(جـ) تطور صياغتها:

بالـــنظر والتأمل ، ظهر لى أن كثيراً من القواعد الفقهية تخـــتلف فـــى صـــياغتها فـــى كتب المتأخرين عنها فى كتب المتقدميـــن ، وهذا إن دل فإنما يدل على تطور صياغة القواعد الفقهـــية ، صياغة فنية دقيقة . مثال ذلك، قاعدة " الإقرار حجة قاصـــرة"[٤] هذه قاعدة متداولة فى كتب المتأخرين ، ومعناها ،

---

(١) رد المحتار جـ٢ ص٢٥٧ ، شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص٣٦ .

(٢) تأسيس النظر للدبوسى ص١٦ ط دار الفكر.

(٣) المرجع السابق ص٩٠ .

(٤) الأشباه لابن نجيم ص٢٢٥ ، والسيوطى ص٤٦٤ .

أن الإقــرار إنمــا يلزم صاحبه المقر ، ولا يسرى حكمه على غيره، وأصل هذه القاعدة فى قواعد الكرخى هو : " أن المرء يعــامل فــى حق نفسه كما أقر به ولا يصدق على إبطال حق الغير، ولا إلزام الغير حقاً"(١).

وكذلــك القــاعدة التى تقول : " الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد"(٢) أصــلها فى قواعد الكرخى " الأصل أنه إذا قضى بالاجتهاد لا يفسخ باجتهاد مثله، ويفسخ بالنص"(٣).

(د) أول من صاغ القواعد الفقهية:

الظاهر والله أعلم، أن فقهاء الحنفية من الطبقة العليا هم أســبق الفقهــاء إلى صياغة القواعد الفقهية الكلية ، والاحتجاج بهــا، وعــنهم نقل رجال المذهب الآخر ما شاؤوا منها . وهذا يتمشى مع المنطق والتاريخ ، حيث إن المذهب الحنفى هو أقدم المذاهب ، ظهوراً وتدويناً وانتشاراً مطلقاً ، من المذاهب الفقهية الأخرى.

ولعل أول محاولة فى تدوين القواعد الفقهية، هى ما قام بها أبو طاهر الدباس إمام الحنفية وهو ممن عاش فى القرنين: الثالــث، والرابع للهجرة ، حيث جمع قواعد مذهب أبى حنيفة فــى سبع عشرة قاعدة كلية، وكان أبو طاهر ضريراً يكرر كل

---

(١) أصول الكرخى ص١١٢ .

(٢) الأشباه للسيوطى ص١٠١ .

(٣) أصول الكرخى ص١١١ .

لـــيلة تلك القواعد بمسجده بعد خروج الناس منه . وقد نقل عنه بعضـــها أبـــو ســـعيد الهروى الشافعى ، ومن جملتها القواعد الخمس الكبرى التى تعتبر أمهات القواعد الكلية: وهذه القواعد هى:

١- قاعدة : " الأمور بمقاصدها".

٢- قاعدة " لا ضرر ولا ضرار" أى " الضرر يزال".

٣- قاعدة " اليقين لا يزول بالشك" أو " اليقين لا يزال بالشك".

٤- قاعدة " العادة محكمة".

٥- قاعدة " المشقة تجلب التيسير"[١].

فـــأخذ الكرخى هذه القواعد ، فجمعها ، وكانت حافزاً له أن يضـــيف إليها غيرها إلى أن أوصلها إلى سبع وثلاثين ، أو تسع وثلاثين قاعدة[٢].

كمـــا قام بشرح هذه القواعد الإمام نجم الدين أبو حفص عمر النسفى المتوفى سنة٥٣٧ هـــ.

ملاحظة:

يلاحظ أن بعض قواعد الكرخى ، ليس من قبيل القواعد الفقهـــية بمعـــناها الدقيق، وإنما هى من قبيل الأفكار التوجيهية لـــرجال المذهب فى تعليل المسائل ، مثال ذلك، قول الكرخى:

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٧ ، الأشباه لابن نجيم ص١٥ .

(٢) الفتح المبين فى طبقات الأصوليين للمراغى جـــ١ ص١٨٦ .

" الأصـــل: أن كــل آية تخالف قول أصحابنا فإنها تحمل على النســخ ، أو علـــى الترجـيح ، أو علـــى الـــتأويل ، من جهة التوفيق"(١).

و) تتابع التصنيف:

١- ثـــم بعد ذلك جاء ابن نجيم الحنفى المتوفى سنة٩٧٠ هـــ فجمع فى الفن الأول خمساً وعشرين قاعدة ، ثم تتابع فقهاء المذاهـــب الأخـــرى فى التأليف فى القواعد ، وكان القرن الثامن الهجرى أحفل القرون بالتأليف فيها.

٢- ثـــم كـــان العز بن عبد السلام هو من فتح باب التأليف ، واســـتنتاج القواعد ، والتطبيق عليها، حيث أرجع الفقه كله إلـــى قاعدة واحدة وهى : " اعتبار المصالح ودرء المفاسد" والّف فى ذلك كتابين، يدعى أحدهما: بالقواعد الصغرى . والآخر بالقواعد الكبرى.

٣- ثـــم جـــاء العلامة بدر الدين محمد الزركشي ، فتبعه فى القواعد ، وألّف كتاباً ضمنه القواعد الفقهية.

٤- ثـــم جاء الشيخ صدر الدين محمد بن عمر المعروف بابن الوكيل ت سنة٧١٦ هـــ فألف كتاباً فى الأشباه والنظائر ، وتبع فيه ابن عبد السلام.

٥- ثم جاء التاج السبكى فحرر كتاب ابن الوكيل.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٣٩ ط دار القلم ط ثانية – دمشق.

٦- ثم جاء العلامة الشيخ سراج الدين عمر بن على الشافعى ت ٨٠٤ هـ فألف كتاباً فى الأشباه والنظائر.

٧- ثم جاء السيوطى فنقح جملة من القواعد فى كتابه: شوارد الفوائد فى الضوابط والقواعد، ثم عمد إلى كتاب أوسع يضم جملة من العلوم الفقهية، وسماه علم الأشباه والنظائر.

المطلب الثانى

فى أهم الكتب المؤلفة فى قواعد الفقه والفروق والاستثناء

****

(أ) أهم الكتب المؤلفة فى القواعد الفقهية

سوف أذكر هنا أهم الكتب المؤلفة فى قواعد الفقه الكلية، حسب كل مذهب من المذاهب الأربع، وعلى حسب ترتيبها التاريخى، فأقول: ومنه وحده العون:-

أولاً: أهم ما كتب فقهاء الحنفية فى القواعد ما يلى:

(١) أصول الكرخى، وهو مطبوع متداول ، وهو من أهم ما صنف فى المذهب الحنفى.

(٢) تأسيس النظر للدبوسى، وهو مطبوع أيضاً وهو مشتمل على قواعد فقهية وقواعد أصولية.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، وهو مطبوع ومتداول كذلك ، وهو من أشمل كتب الأحناف فى القواعد.

(٤) مجامع الحقائق لأبى سعيد الخادمى: ذكر فيه مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية مرتبة ترتيباً أبجديا ، وخالف بذلك من سبقه.

ثانياً : أهم المؤلفات للقواعد الفقهية عند فقهاء المالكية :-

(١) القواعد لأبى عبدالله محمد بن محمد بن أحمد المقرى.

(٢) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك لأبى أحمد بن

يحيى الوحشريسى ، وهو مطبوع متداول بين أئمة الفقه.

ثالثاً : أهم ما كتب فى القواعد عند فقهاء الشافعية:-

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للعز بن عبدالسلام وهو الــذى أرجــع القواعــد إلى قاعدة [اعتبار المصالح ودرء المفاســد]، كما سبق بيانه ، وهو مطبوع متداول بين أهل العلم.

(٢) **المجمــوع المذهب فى قواعد المذهب، وهو كتاب مملوء بالجواهر النفيسة، وهو مخطوط يقع فى مجلدين.**

(٣) **الأشباه والنظائر لابن الوكيل. وهو مخطوط.**

(٤) **الأشــباه والنظائر لابن السبكى ، وهو من أنفس ما خطه السبكى بيده.**

(٥) **المنــثور فى القواعد ، وهو مرتب على حروف الهجاء، وهو مطبوع متداول بين الأئمة.**

(٦) **الأشباه والنظائر للسيوطى ، وهو من أنفس كتب القواعد.**

رابعاً: أهم ما كتب فى القواعد فى الفقه الحنبلى:-

(١) القواعــد لعــبد الرحمــن بن رجب الحنبلى ، وهو مطبوع متداول بين أهل العلم. ثم هذه المؤلفات على سبيل المثال والإجمال لا الحصر.

(٢) أهم المؤلفات المؤلفة فى علم الفروق:-

أولاً: أهم الكتب فى مذهب الحنفية:

(١) الفروق لأبى الفضل محمد بن صالح الكرابيسى.

(٢) فتاوى تلقيح العقول فى الفروق للمبوبى وهو مخطوط.
(٣) الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيبانى.

ثانياً : أهم ما كتب فى علم الفروق فى المذهب المالكى:-

(١) الفروق للإمام شهاب الدين أبى العباس أحمد بن أدريس بن عبدالرحمـــن الصنهاجى المشهور بالقرافى ، وهو من أنفس ما كتب فى فروق المالكية.

ثالثاً: أهم ما كتب فى علم الفروق فى مذهب الشافعية:

(١) المعايـــاه : لأبـــى العباس الجرجانى الشافعى، وهو من أنفس كتب الفروق
(٢) الجمـــع والفـــرق: للإمام أبى محمد عبدالله بن يوسف بن محمـــد بن حيوية الجوينى وهو والد إمام الحرمين ، وهو مخطوط.
(٣) مطـــالع الدقائق فى تحرير الجمع والفوارق لجمال الدين عبدالرحيم الأسنوى. وهو مخطوط.
(٤) الفـــرق فى فروع الشافعية ، لأبى عبدالله محمد بن على الحكيم الترمذى ، صاحب نوادر الأصول. مخطوط.

رابعاً: أهم ما كتب فى علم الفروق فى المذهب الحنبلى.

(١) الفـــروق لمحمـــد بـــن عبدالله بن الحسين السامرى الحنبلى.
(٢) الفصـــول والفـــروق لأحمـــد بن محمد بن خلف بن راجح المقدسى الحنبلى ، وبهذه الملامح السريعة قد

انتهينا من هذا المطلب ، وبالله التوفيق.

(ب) أهم الكتب المؤلفة فى علم الفروق:-

مـــن النظائر ما يخالف نظيره فى الحكم لمدرك خاص، فليس كل النظائر المتحدة الصورة والمعنى تأخذ حكماً واحداً ، وهـــذا مـــا وضـــع الفقهاء له الفروق، ومن ثم فسأذكر تعريف الفروق ثم أهم مؤلفاتها.

(١) تعريف الفروق لغة:

- الفَـــرْق: خلاف الجمع ، فَرَقَه يَفْرُقُه فَرْقاً ، وفرَّقه وقيل: فَرَق- بالتخفيف – للصلاح ، فَرْقاً ، فرَّق- بالتشديد- للإفساد تفريقاً. والـــتفرق والافـــتراق سواء ومنهم من يجعل التفرق للأبدان ، والافتراق للكلام.

وفرقت بين الشيئين أفرق فرقاً وفرقاناً ، وفرقت الشيئ تفريقاً وتفرقه فاتفرق وافترق وتفريق. قال : فرقت: أفرق بين الكـــلام ، وفرَّقـــت بيـــن الأجسام. والفرقة: مصدر الافتراق. والاسم: الفرقة[١].

قـــال القـــرافى: سمعت بعض مشايخى الفضلاء يقول: فرقت العرب بين فرق بالتخفيف ، وفرق بالتشديد.

الأول فى المعانى، والثانى فى الأجسام ، ووجه المناسبة فيه أن

---

(١) لسان العرب لابن منظور : حـــ٥ ص٣٣٩٧ ط سابقة القاموس الفقهى لغة واصـــطلاحاً لسعدى أبو حيب ص٢٨٤ ط دار الفكر، مختار الصحاح ص ١٥٤٠ حـــ٤ ، المعجم الوجيز ط خاصة لمجمع اللغة العربية ص٤٦٨-٤٦٩.

كـثرة الحروف عند العرب تقتضى كثرة المعانى أو زيادته أو قوته، والمعانى لطيفة، والأجسام كثيفة فناسبها التشديد، وناسب المعـانى التخفـيف، مع أنه قد وقع فى كتاب الله تعالى خلاف ذلـك، قـال تعالى: ﴿ وَإِذْ فَرَقْنَا بِكُمُ الْبَحْرَ ﴾ (1) فخفف فى البحر وهـو جسم، وقال تعالى:﴿ فَافْرُقْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْقَوْمِ الْفَاسِقِينَ ﴾ (2) وجاء على هذه القاعدة قوله تعالى:﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ﴾ (3) وقوله تعالى:﴿ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ﴾(4)وقوله تعالى:﴿ تَبَارَكَ الَّذِي نَزَّلَ الْفُرْقَانَ عَلَى عَبْدِهِ ﴾ (5) وقـال: لا تكـاد تسـمع مـن الفقهاء إلا قولهم ما الفارق بين المسـألتين، ولا يقولـون: ما المفرق بينهما بالتشديد ، وتقضى هـذه القاعدة أن يقول السائل أفرق لى بين المسألتين، ولا يقول فـرق لى ولا بأى شئ تفرق، مع أن كثيراً يقولونه فى الأفعال دون اسم الفاعل(6).

(٢) تعريف الفروق فى الاصطلاح:

علم الفروق: هو العلم الذى يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة

---

(١) من الآية رقم (٥٠) من سورة البقرة .

(٢) من الآية رقم (٢٥) من سورة المائدة .

(٣) من الآية رقم (١٣٠) من سورة النساء .

(٤) من الآية رقم (١٠٢) من سورة البقرة .

(٥) من الآية رقم (١) من سورة الفرقان .

(٦) الفروق للقرافى جـ١ ص٤ .

تصويراً أو معنى ، المختلفة حكماً وعلة[1].

(جـ) تعريف الاستثناء لغة واصطلاحاً:

(١) الاستثناء فى اللغة:

الاستثناء والثنيا رد الشئ بعضه على بعض.

والثنا: اسم الاستثناء، يقال: ثنيا وثنوى مثل قصيا وقصوى[2].

(٢) تعريف الاستثناء فى الاصطلاح:

الاستثناء هو: ما لا يدخل فئ الكلام إلا لإخراج بعضه، ولا يستقل بلفظه، ولا يستقل بنفسه ، وقيل: إخراج بعض الجملة من الجملة بلفظ إلا أو ما يقوم مقامه والاستثناء هو أحد الأساليب الكلامية الشائعة فى اللسان العربى، وحتى يتكون الاستثناء لابد له من أركان ثلاثة وهى:

١- المستثنى ٢- المستثنى منه ٣- أداة الاستثناء

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٧ .

(٢) مختار الصحاح جـ١ ص٢٢٩٤ .

المطلب الثالث

فى مبادئ علم القواعد ، ومنهج المؤلفين فيها

****

(أ) مبادئ علم القواعد:

أى علم من العلوم فى بداية الأمر يكون مجهولاً ، غير معروف ، وغير متصور، ولكن بعد أن يقف الباحث فيه، والطالب له، على مبادئه العشرة، التى تزيل هذا المجهول عن العلم الذى يريد معرفته، يصير متصوراً واضحاً لكل طالب أو باحث . ومن ثم فمبادئ علم قواعد الفقه العشرة نذكرها فيما يلى: (1).

(١) حد العلم:

هو قانون تعرف به أحكام الحوادث ، التى لا نص فيها، من كتاب أو سنة، أو إجماع:

(٢) موضوعه:

موضوعه: هو القواعد والفقه من حيث استخراجه من القواعد.

(٣) ثمرته:

وثمرته هى السهولة فى معرفة أحكام الوقائع الحادثة، التى لا نص عليها، وإمكان الإحاطة بالفروع المنتشرة ، فى أقل وقت،

---

(١) الفوائد الجنية حاشية المواهب السنية ، شرح الفوائد البهية فى نظم القواعد الفقهية فى الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية للفادانى ص٦٩ ط دار البشائر الإسلامية.

وأوجـز عبارة، وأسهل طريق، على وجه يؤمن منه التشويش والاضطراب.

(٤) فضله:

هـو أنه أشرف العلوم بعد علم التوحيد، كما شهد به ﷺ حيـث قـال :" من يرد الله به خيراً يفقهه فى الدين"(١) ومعنى ذلـك، الـتفقه بالفـروع المحـتاج إليها، وبالقواعد ، إذ التفقه بالفـروع كلهـا من لدن بعثة نبينا محمد ﷺ إلى آخر الزمان عسير جداً ، حيث إن الوقائع تتجدد بتجدد الزمان كما لا يخفى ، فالمراد إذن التفقه ببعض الفروع ، والإحاطة بالقواعد.

(٥) نسبة هذا العلم:

هذا العلم نوع من أنوع علم الفقه.

(٦) واضع هذا العلم:

واضـع هـذا العلم ، هم الراسخون فى الفروع، إلا أنه كان منتشراً خلال الأسفار، وبين أفواه الرجال، حتى جاء الإمام أبـو طاهر الدباس، فرد جميع فروع المذهب الحنفى إلى سبعة عشـر قاعدة . وجاء القاضى حسين، فرد مسائل الفقه الشافعى إلى أربع قواعد.

(٧) اسم هذا العلم:

اسم هذا العلم علم قواعد الفقه، وعلم الأشباه والنظائر.

---

(١) البخارى جـ١ ص٢٣ كتاب العلم عن معاوية.

(٨) استمداده:

يســتمد هــذا العلم من الكتاب والسنة ، وآثار الصحابة وأقوال المجتهدين.

(٩) حكم تعلم وتعليم هذا العلم:

هــو: الوجوب الكفائى على أهل بلدة،والوجوب العينى على من ينتصب للقضاء.

(١٠) مسائله:

القواعــد الباحــثة عــن أحــوال الفــروع من حيث التطبيق، والاستنباط.

إيضاح : مفهوم الاصطلاح:

الاصطلاح عبارة عن اتفاق قوم على تسمية الشئ باسم ما ينقل عن موضعه الأول، وإخراج اللفظ من معنى لغوى إلى آخــر لمناســبة بينهما . وقيل: الاصطلاح: لفظ معين بين قوم معينيين وقيل: الاصطلاح: اتفاق طائفة على وضع اللفظ بإزاء المعــنى. وقيل: الاصطلاح: إخراج الشئ عن معنى لغوى إلى معنى آخر ، لبيان المراد[١].

(ب) منهج المؤلفين فى قواعد الفقه:

أولاً: كتاب تأسيس النظر:

١- التعريف به:

---

(١) التعريفات للجرجانى ص٤٥ .

(١) هــو من أشهر الكتب المؤلفة فى قواعد الفقه، بعد الدباس والكرخى ، وهو لأبى زيد عبيد الله بن عمر الدبوسى الحنفى ، فقــد ضـــمنه طائفة من القواعد الفقهية العامة والخاصة ، مع الـــتفريع عليها، وهو من أهم الكتب فى الفقه المقارن بين أئمة المذاهب المختلفة من ناحية وبين أئمة المذهب الواحد من ناحية ثانية.

٢ - **طريقته:**

(٢) وطريقـــته أن يذكـــر لفظ الأصل على ما اعتقد أنه جامع لمسائل شتى ، ثم يتبعه بذكر مسائل مختلفة ويذكر بعدها الرأى المخالف.

(٣) ما اشتمل عليه:

وقـــد اشتمل كتاب " تأسيس النظر" على نيف وثمانين أصلاً ، ومعـــه قواعد الكرخى ، ولم يصل إلى علمنا مؤلف للحنفية فى القواعـــد بعد الكرخى خلال القرنين الخامس والسادس، غير ما شرحه النسفى لقواعد الكرخى . ويظهر أن غير الحنفية نهضوا بهذا العلم فى القرون التالية ، حيث إن فقهاء المذاهب الأخرى تابعوا الحنفية فى ذلك، ثم انتقلت إلى علماء الشيعة.. [1].

ثانياً: كتاب قواعد الأحكام فى مصالح الأنام.

وكتاب الفروق، وكتاب القواعد لابن رجب.

---

(١) الوجيز فى إيضاح القواعد الفقهية الكلية ص٢٧ .

(١) أمـــا كـــتاب قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للإمام الفقيه الشافعى عز الدين بن عبد السلام المتوفى سنة٦٦٠ هــ.

(٢) وأمـــا كـــتاب الفروق للفقيه المالكى شهاب الدين أحمد بن إدريس، الشهير بالقرافى المتوفى سنة٦٨٤هــ.

(٣) وأمـــا كتاب القواعد للفقيه الحنبلى عبد الرحمن بن رجب المتوفى سنة٧٩٥هــ.

وهذه الكتب الثلاثة لا تتضمن القواعد، بالمعنى الذى يراد بكلمة قـــاعدة ، كمـــا ســـبق بيانه، وإنما تتضمن تقسيمات وضوابط أساسية فى موضوعات فقهية كبرى[١] وبيان ذلك كما يلى:

(أ) كتاب العز بن عبد السلام:

أمـــا كـــتاب العز بن عبد السلام، **فهو مبنى على فصول فقهية موضـــوعية ، يضـــع فـــيها الموضوع الفقهى عنواناً فى رأس الفصـــل ، ثم يقسم الأحكام المتعلقة به، ويفصلها ثم يذكر حكمة التشـــريع ، فهـــو مدخل فقهى قيم . ويدور محور هذا الكتاب حول بيان المصالح والمفاسد ، فالمصالح : هى كل ما أمر الله تعالى به.**

والمفاسد: هى كل ما نهى الله تعالى عنه.

وفـــى هـــذا يقول العز: فكل مأمور به فيه مصلحة الدارين أو أحدهما، وكل منهى عنه فيه مفسدة فيهما أو فى إحداهما[٢].

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٤١-٤٢ .

(٢) قواعد الأحكام جــ١ ص٨ .

ولقد أرجع العز بن عبد السلام قواعد الفقه وفروعها إلى جلب المصالح ، ودرء المفاسد ، بل أرجع الكل إلى اعتبار المصالح وحدهــا، لأن درء المفاسد من جملتها، فمتى تحققت المصلحة درءت المفسدة.

ومن ثم فالأحكام الشرعية في نظر بن عبد السلام ترجع كلهــا إلـــى قاعدة واحدة وهى تحصيل مصالح الدارين . ديناً ودنـــيا على ظن أن ما يقوم به المكلف يحقق له ذلك . والظنُ كـــاف فـــى ذلك بداهة ، إذ لا طريق إلى الجزم ، فكان الإقدام علـــى فعـــل مـــا يظن المكلف، فيه الخير له هو طريق العقل والإعـــراض عـــنه خوفاً من تخلف ما ظنه وهو نادر طريق الأحمق.

(ب) منهج العز ، ومنهج غيره:

(١) منهج العز:

ومـــنهج العز بن عبد السلام الذى اختاره والذى بمقتضاه أرجع قواعد الفقه إلى قاعدة واحدة، وبناء فروع الفقه كلها إليها، من شـــأنه أن لا يوضح رجوع كل فرع فقهى إلى قاعدته ، فيسهل علـــى الـــناظر فهمـــه، ويكون دعامة فقهية يستفيد منها المقلد والمجتهد.

(٢) منهج غير العز بن عبد السلام:

أما منهج غيره من الفقهاء الذين أرجعوا الفروع المتشابهة إلى قواعدهـــا ، فهو أوضح وأظهر لسهولة فهمه على الناظر، ومن

ثــم فيســـهل الوقـــوف على الأشباه والنظائر ، فيمكنه الإلحاق والتخريج بسهولة ويسر . وعلى كل حال فالعز يتكلم فى نتائج الأعمـــال الدينـــية والدنيوية وهى الغاية العليا التى يقصدها كل عامل.

أمـــا غيره وهم المفصلون يبحثون عن الأسس التى توصل إلى المطلوب . وبناء على ذلك فمسلك غيره أوضح ، وأوفق ، لأنه طريق إلى معرفة الأشباه والنظائر ، ثم بعدها تعرف المصلحة فتكتسب ، والمفسدة فتدرأ.

ولكل وجهة هو موليها.

<u>(جـ) كتاب الفروق للقرافى:</u>

وأمـــا كـــتاب الفروق: فقد وضعه الإمام القرافى لبيان الفـــروق بيـــن القواعد، وجمع فيه (٥٤٨) قاعدة ، وألحق بكل منها ما يناسبها من الفروع.

لكـــن هـــذا الكتاب مع عظيم قدره لم يجمع قواعد بمعنى الأمر الكلـــى ، وإنمـــا يعنى من القواعد معنى الأحكام الأساسية فى الموضوعات الفقهية الكبرى، فهو يعرض الأحكام الأساسية فى كـــل موضوعين متشابهين ، ويظهر الفرق بينهما فيقول مثلاً: " الفـــرق بيـــن قاعدتى الإنشاء والخبر" والفرق بين قاعدتى " ما تؤثـــر فـــيه الجهالـــة للغـــرر" وقـــاعدة " ما لا يؤثر فيه من التصرفات" وهكذا فهو يريد بالقاعدة معنى الأحكام الأساسية فى موضوع معين.

(د) كتاب القواعد لابن رجب:

وكـتاب القواعد لابن رجب الحنبلى ، وضعه مؤلفه على مائة وســتين قــاعدة، وختمه بإحدى وعشرين فائدة ، وهذا الكتاب مؤلفــه واســع الاطلاع ، وفى كتابه علم وفير، وأسلوبه شيق، وذهــنه مرتــب، وقد استطاع أن يجمع بين المسائل الفقهية فى المذهــب الحنــبلى فلم يترك شاردة تمر دون أن يمسك بها، أو واردة تفوته دون أن يضعها فى مكانها كل ذلك بأسلوب رائق، ولفظ سائق.

وهــو فى كتابه هذا، يضع القاعدة الفقهية ثم يرفع عليها مسائل مــتفرقة مــن أبواب الفقه، غير ملتزم بالسير وراء الفروع فى بــاب معيــن مــن أبواب الفقه، بل صنع كما صنع السيوطى والســبكى وابــن نجــيم وغيرهم ممن لا يلتزمون السير وراء أبــواب الفقه . ومع أنه كتاب عظيم القيمة ، إلا أنه ليس كتاب قواعــد بالمعــنى الدقيق المعروف، لكثرة القواعد كثرة مفرطة حتى إنه جعل لكل مسألة قاعدة.

ثالثاً: كتاب الأشباه والنظائر:

ثــم جاء العلامة جلال الدين السيوطى الشافعى المتوفى سنة٩١١هــ، فوضع كتابه " الأشباه والنظائر، فى مجموعة من القواعــد الفقهــية، ورتبه على مقدمة ، وسبعة كتب وأشار فى المقدمــة إلى أهمية الاشتغال بالفقه بوجه عام، والاشتغال بفن الأشــباه والــنظائر بوجــه خاص، فبين أن هذا الفن المسمى

بالأشــباه والــنظائر يحتاج إلى جهد متواصل ، وعمل دؤوب، وأنـــه لا يبلغه إلا من شمر عن ساعد الجد، واعتزل أهله وشد المــئزر ودأب فـــي التكرار والمطالعة بكرة وأصيلاً ، ونصب نفسه للتأليف والتحرير بياناً ومقيلاً.

منهجه فى التأليف:

أشـــار السيوطى فى المقدمة إلى منهجه في التأليف، فمن حيث مضمون الكتاب، فقد رتبه على كتب سبعة: بيانها كما يلى:

الكتاب الأول: في الكتاب الأول، شرح السيوطى القواعد الفقهية الكبرى الخمس التي ترجع إليها جميع مسائل الفقه الشافعي.

الكـــتاب الثاني: فى قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية، وهى أربعون قاعدة.

الكـــتاب الثالث: فى القواعد المختلف فيها، ولا يطلق الترجيح لظهـــور دليل أحد القولين فى بعضها ومقابلة فى بعض، وهى عشرون قاعدة.

الكـــتاب الـــرابع: فى أحكام يكثر دورها، وقبح جهلها كأحكام الناسى والجاهل ، والمكره، والنائم، والمجنون، والمغمى عليه ، والســـكران ، والصـــبى والأنـــثي، والأعمي، والكافر، والجان والمحـــارم والولـــد والـــوطء، والعقود، والفسوخ، والصريح، والكناية، والتعريض والكتابة، والإشارة والملك، والدين، وثمن المثل، وأجرة المثل ونحو ذلك.

الكـــتاب الخامس: فى نظائر الأبواب، أعنى التى هى من باب

واحـــد، مرتبة على أبواب الفقه، والمخاطب بهذا الباب، والذى يليه المبتدئون.

الكتاب السادس: فيما افترقت فيه الأبواب المتشابهة.

الكتاب السابع: فى نظائر شتى.

ثـــم قـــال: وقـــد صدرت كل قاعدة بأصلها من الحديث والأثر وحيـــث كـــان فى إسناد الحديث ضعف أعملت جهدى فى تتبع الطرق، والشواهد لتقويته على وجه مختصر[1].

رابعاً: الأشباه والنظائر لابن نجيم:

ثـــم جاء العلامة زين الدين بن نجيم المصرى المتوفى ســـنة ٩٧٠هـــ ، فألف كتاباً أسماه " الأشباه والنظائر" جمع فى هـــذا الكـــتاب خمساً وعشرين قاعدة ، وقسمها قسمين: بيانهما كالتالى:

الأول: قواعد أساسية كالأركان فى المذاهب الفقهية، وهى ست قواعـــد، الخمـــس المتقدمة، مضافاً إليها سادسة هى قاعدة " لا ثواب إلا بالنية".

الـــثانى: تســـع عشرة قاعدة أخرى فى موضوعات مختلفة أقل اتســـاعاً وشـــمولاً ، ويتفرع عنها بعض قواعد فرعية أخرى، وأحكام كثيرة.

وقد بسط ابن نجيم القول فيما يتفرع عن هذه القواعد من فروع

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٤-٥ .

الأحكام العملية.

محاسن هذا الكتاب:

ومن محاسن كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم أن أسلوبه سهل، يوصل أدق المعلومات إلى الغير دون أن يشعر ذلك الغير بملل أو سآمة أو تعقيد . ثم إنه بين مع كل قاعدة ما يندرج تحتها من قواعد فرعية، وما يدخل كل قاعدة من الأبواب الفقهية مع التمثيل.

ما يشتمل عليه هذا الكتاب:

يشتمل هذا الكتاب العظيم على سبعة فنون : بيانها كما يلي:

الفن الأول: وهو نوعان:

(أ) النوع الأول: فى القواعد الكبرى الستة.

(ب) النوع الثاني: قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية . ومنها قاعدة " الاجتهاد لا ينقض بمثله" وقاعدة " إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام الحلال" وقاعدة " هل يكره الإيثار بالقرب"[1].

الفن الثاني: فى الفوائد ، من الطهارات إلى الفرائض ، نثر بينها عدداً يسيراً من القواعد الكلية وكثيراً من الضوابط الفقهية المذهبية.

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٦ وما بعدها.

الفــن الثالــث: فى الجمع والفرق من الأشباه والنظائر [1] حيث جمع فيه أحكاماً مختلفة.

الفن الرابع: فى الألغاز ، والمراد بها تلك الأسئلة الفقهية التى يراد الإعجاز والتعمية على المسؤول ، مع ذكر أجوبتها.

الفن الخامس: فى الأشباه والنظائر.

الفن السادس: فى الحيل.

الفن السابع: فى الحكايات والمراسلات.

خامساً: كتاب: مجامع الحقائق:

ويدخــل ضمن ما ألف فى القواعد الفقهية ما جمعه أبو ســعيد الخــادمى – ذيل به كتابه الأصولى "مجامع الحقائق" حيث جمع فيه نيفاً وخمسين ومائة قاعدة ، مرتبة على حروف المعجم.

سادساً: كتاب الفوائد البهية فى القواعد والفوائد الفقهية:

وكــتاب الفوائــد، هذا للشيخ محمد حمزة الحسينى، غير أن ما يشتمل عليه من فوائد فقهية تضمنت ضوابط فقهية مذهبية.

سابعاً: مجلة الأحكام العدلية:

ثــم صدرت مجلة : الأحكام العدلية : فى عهد الدولة العثمانية ســنة٢٨٦هــ ، وهى أول محاولة فى تعيين الشريعة الإسلامية

---

(١) الأشــباه : جمــع شــبه، والشبه والشبيه: المثل والنظائر: جمع نظير = المناظر والممــاثل، والمراد هنا: المسائل التى يشبه بعضها بعضاً مع اختلافها فى الحكم لأمور خفية لا يدركها إلا العاملون . الأشباه لابن نجيم ص١٢ .

فـــى العصـــر الحديث، واشتملت فى مجموعها على (١٨١٥) مادة، تتصدرها (٩٩) قاعدة من القواعد الفقهية، فى شكل مواد ذات أرقام متسلسلة ، كالقوانين الحديثة.

ثـــم صـــدر مرسوم سنة١٢٩٣ هـــ يلزم العمل بمجلة الأحكام العدلـــية ، وتطبـــيق أحكامها فى محاكم الدولة، وبذلك أصبحت المجلـــة قانونـــاً مدنياً عاماً منتخباً من الأحكام الفقهية ، تتوجه القواعـــد الفقهية بصيغتها المأثورة، مما كان له أعظم الأثر فى التشريعات الحديثة.

ولا زالـــت هـــناك محاولات تبذل لاجلال التشريع الإسلامي ، محل القوانين الوضعية فى كثير من الدول الإسلامية، من أجل أن تستعيد الدولة الإسلامية مجدها، وتتبوأ مكانتها ، وتكون لها الهيمنة التامة، والكلمة العليا، وما ذلك على الله بعزيز.

ومـــنذ ذلك الوقت لم تظهر دراسات مكتملة فى علم قواعد الفقه الإسلامي، علـــى الـــرغم مـــن كثرة البحوث والدراسات فى الموضوعات الفقهية[1].

---

(١) قواعد الفقه الإسلامي دراسة علمية تحليلية مقارنة للدكتور/ عبد العزيز عزام أستاذ ورئيس قسم الفقه بشريعة القاهرة ص٤٢ وما بعدها ط مكتب الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر بالشرقية سنة١٩٩٨ ، ١٩٩٩ م.

المبحث الرابع

فى تعريف الأشباه والنظائر وما يتعلق بها

(أ) التعريف اللغوى للأشباه والنظائر:

(١) تعــريف الأشباه : الشِّبْه والشَّبَهُ والشَّبيهُ: المثل ، والجمع أشباه. وأشبه الشيءُ الشيءَ ماثله. وفى المثل: من أشبه أباه فما ظلــم. وأشبه الرجل أمه ، وذلك إذا عجز ضعف[١] والأشباه : جمع شبه ، والشبه والشبيه المثل[٢].

(٢) تعريف النظائر: النظير : المثل فى كل شيئ. فلان نظيرك أى مثلك لأنه إذا نظر إليهما الناظر رآهما سواء، ونظير الشيئ مــثله، والجمــع نظائر. والنظائر : جمع نظيره ، وهى المثل، والشبه فى الأشكال والأخلاق والأفعال والأقوال[٣].

(ب) تعــريف الأشــباه والــنظائر فـــى الاصطلاح: المراد بها المسائل: التى تشبه بعضها بعضاً مع اختلافها فى الحكم لأمور خفية أدركها الفقهاء بدقة أنظارهم[٤].

---

(١) لسان العرب لابن منظور: جــ٤ ص٢١٨٩ ط دار المعارف ، المعجم الوجيز لمجمع اللغة العربية ص٣٣٤ ط خاصة بوزارة التربية والتعليم.

(٢) غمز عيون البصائر ٤ــ١ ص٣٨.

(٣) لسان العرب حــ٦ ص٤٤٦٨ ط سابقة.

(٤) غمــز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم بشرح الحموى علــيه: حــــ١ ص٣٨ ط دار الكتب العلمية الفوائد الجنية حاشية المواهب

ثــم أعلم : أن فن الأشباه والنظائر **فن عظيم، به يطلع** علـــى حقـــائق الفقه ومداركه ، ومآخذه وأسراره ، ويتميز في فهمـــه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج ، ومعرفة أحكام المسائل التى ليست بمسطورة ، والحوادث والوقائع التى لا تنقضى على ممر الأزمان ، وقد قال بعض أصحابنا: "الفقه معرفة النظائر".

" شرح التعريف"

" واعلم أن فن الأشباه والنظائر"

كـــان العلماء حينما يتعرضون لأمر ذا بال ، ويفتقر إلى إعمال فكـــر ، وكدّ ذهن، أسبقوا هذا الأمر بكلمة "إعْلَم" ليدلك على أن هـــذا الأمـــر ليس كغيره فيحتاج إلى وقفة وتأمل . وقوله **"فن"** جمعـــه فنون – وأفنان – وأفانين– ومعناه علم ، والفنن : هو الغصـــن قـــال تعالى: ﴿ **ذَوَاتَا أَفْنَانٍ** ﴾ (1) والتنوين فى فن دليل عظمة هذا الفن. **وقوله : "عظيم"** لفظ من ألفاظ المبالغة ، وهو دلـــيل آخـــر يدل على أهمية هذا العلم.ولفظه عظيم على وزن فعـــيل ، وهى غنية عن التعريف والتوضيح. والأفانين: أجناس الكلام ، يقال: رجل يتفنن، ذو أفانين ، أى يأتى بضروب من

-السنية شرح الفوائد البهية فى نظم القواعد الفقهية فى الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية لابن عيسى الفارابى جـ١ ص٦٦ ط دار البشائر الإسلامية

(١) الآية رقم (٤٨) من سورة الرحمن.

الكـــلام فالعبارات له طبيعة وسجية. ففن الأشباه والنظائر أى علم الأشباه. والنظائر. والأشباه : جمع شبيه.، والنظائر : جمع نظـــير ، وهـــذا من عطف، المرادف لأن شبيه الشيئ نظيره ، ونظير الشيئ شبيهه.

ومعنى علم الأشباه والنظائر ، جمع الحوادث المتشابهة، المعـــبر عـــنها ووضعها تحت القاعدة ، وعلى هذا فلا يمكننا الوصـــول إلـــى القاعدة الكلية ومعرفتها إلا بعد معرفة الفروع المتشابة المندرجة تحتها، وهذه الطريقة اتبعها فقهاء الحنفية فى مـــنهجهم ، وهـــى أمثل من طريقة غيرهم، لأنها تنقل الإنسان الدراس من المحسوس إلى المعقول ، ففقهاء الحنفية فرّعوا ثم قعّـــدوا، أما غيرهم – الشافعية– قعدّوا ثم فرّعوا، فمتى علمنا الأشـــباه والـــنظائر انتقلـــنا منها إلى القاعدة – الأمر الكلى– فالوضـــوء عمل ، والزكاة عمل ، وكل عمل يحتاج إلى نية ، فينتج أن هذه الأمور لابد لها من نية.

فالأشـــباه: هـــى كـــل فـــرع فقهى بينه وبين الآخر وجه شبه، فيتأخـــيان فـــى وجـــه الشبه، ويرتبطان بالأم التى هى القاعدة الكلـــية، وكذلك النظائر ، وشبيه الشيى ينجذب إليه أو منجذب إليه.

وقولـــــه :" **فن عظيم**" دعوى ، لذلك دلل عليها فقال "**به يطلع على حقائق "الفقه"** فتقديم الجار والمجرور "به" له فائدة عظيمة لا تتأتى إلا إذا جاء متأخراً، فلو قلت : " لا يطلع به" لما أفاده.

"بــه يطلع" لأفادة الحصر ، فكأنه قال: به لا بغيره يطلع على حقـائق الفقه، فالعظمة في هذا العلم راجعة إلى أثر دراسته ، وقدم الجار والمجرور على متعلقة لإفادة الحصر. كما فى قوله تعـالى: ﴿ إِيَّاكَ نَعْبُدُ ﴾ [1]، فقد تقدم المعمول على العامل لإفادة الحصــر. ومعنى "**يطلع**" أى يوقف ويعلم، وهو مبنى للمجهول لكــى لا يكون هذا العلم محجوراً على بعض الناس ، بل يتأتى الاطلاع عليه لمن له قدرة إطلاع. وقوله: "حقائق" جمع حقيقة، وحقــيقة الشــيئ ماهيته أى ما به الشيئ هو هو، والمراد هنا أحكام الفقه الثابتة شرعاً ، فحقائق الفقه المفاهيم الكلية فيه التى هى هى. فتطلع على الأحكام المرتبطة بأفعال المكلفين التى هى هــى باعتبار مفهومها. والحقيقة استعمال اللفظ فيما وضع له.
وقوله: " **ومداركه**" جمع: مُدرك، مصدر ميمى من أدرك، وكل مصــدر مــيمى صالح للزمان والمكان والحدث، ولهذا يكون المصدر الميمى من قبيل المشترك اللفظى، والمصدر الميمى ما اتحــد لفظه ووصفه ومعناه. وتحديد المعنى المراد يحتاج إلى قريــنة، تقول: حصرت مدرك فلان أى مكان إدراكه. وتقول: والله لــو أنــى تمكنت من مدركه لأنقذته أى إدراكه –حدث– وتقــول : جــاء فلان من السفر مدرك هند أى زمان أن بلغت –زمان– ولما كان المراد هنا مدارك الفقه ، فزمان إدراك الفقه

---

(١) من الآية رقم (٥) من سورة الفاتحة.

لـــيس مـــراداً فى علم الأشباه والنظائر، وكذلك نفس الإدراك -الحـــدث- غـــير مـــراد أيضاً. فكانتا هاتان القرينتين معينتين الإرادة مكان الإدراك وهو مكان الحكم،ومكان الحكم هو الأدلة، فالدلـــيل مكان معنوى للحكم، فهو مكان اعتبارى تشبيها للأمر المعـــنوى بالأمـــر المحسوس. وقوله: **"مآخذه"** أى أماكنه وهو عطـــف تفســـير لمـــدارك ، لأن المدارك هى: المآخذ، ومكان الأخـــذ، أى مكـــان أخذ الحكم من الدليل وكل حكم شرعى له حكمـــة، وفـــرق بين العلة والحكمة فالعلة مضطردة، والحكمة غير مضطردة ، فهما مختلفان ذلك، لأن من الأحكام الشرعية لـــيس لها علة ظاهرة وهى ما تسمى بالتعبديات، وهى التى لا يـــدرك لها علة، كالعدة لمن يموت زوجها وهى صغيرة.وقوله :**"وأســـراره"** الضـــمير فى كل ما سبق يعود على الفقه، فعلم الأشـــباه والـــنظائر يوقفـــنا على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأســـراره ولهذا كان هذا العلم فناً عظيماً. وقوله : **"ويُتَمَيَّزُ فى فهمـــه واستحضاره"** مبنى للمجهول، وبناء الفعل للمجهول يفيد العمـــوم أى يتميز به من يطلع عليه بمعنى إدراك ما جاء به، والفهم: هو تصور الشيئ من لفظ المخاطب خلاف الإفهام، فإنه إيصـــال المعـــنى بـــاللفظ إلى فهم السامع. والاستحضار: هو محاولة الذهن استرجاع الصورة الزائلة ، فإذا عادت وحضرت بعد الطلب سمى بذلك الوجدان ذكراً. فدارس قواعد الفقه يمكنه كلما جد حدث جديد أمكنه أن يعطى له حكماً شرعياً، ولا يتأتى

إلا بالاستحضار والفهم.

وقولـــه : " **ويقـــتدر على الإلحاق والتخرج**" أي يكون الإنسان قادراً بقواعد الفقه على الإلحاق أي قياس ما لم تتناوله نصوص الناس على ما تناولته نصوصهم فالدارس لعلم الأشباه والنظائر توجـــد عنده ملكة يقتدر بها على الإلحاق والتخريج. والإلحاق: هـــو القـــياس: وهو الاتيان بالحادثة التى جدت وإلحاقها بفرع مشابه لها، مندرج تحت قاعدة ، فتعطى حكم ذلك الفرع.

وأمـــا الـــتخريج على القاعدة: فهو الاتيان بالمسألة التى جـــدت، ولـــم يكـــن لها شبيه فتخرجها على القاعدة بالطريقة المتقدمة لاثبات حكم تلك القاعدة للمسألة الفقهية الجديدة وقوله: " **ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة**" عطف تفصيل بعد إجمال. والمراد بالمسائل الحوادث التى تتجدد وهى عبارة عن أفعال المكلفين، فمنها ما هو مسطور أى مكتوب منصوص علـــى حكمـــه، ومـــنها ما ليس كذلك فمعرفة هذا العلم تجعلنا قادريـــن على إثبات حكم المسائل التى ليست بمسطورة بطريق الإلحـــاق والـــتخريج. وقولـــه : "**والحوادث والوقائع التى لا تنقضـــى على ممر الزمان**" عطف مرادف على ما سبق وهو المسائل التى ليست بمسطورة.

والحـــوادث : جمـــع حادثـــة. والوقائع : جمع واقعة: والمراد بالحادثـــة: أيـــة حادثـــة تتجدد بتجدد الزمان، وكذلك الواقعة، فدراســـة قواعـــد الفقه تساعد على استنباط الحكم الشرعى لما

يحـــدث للأحـــداث والوقـــائع المستقبلية. والمراد بقوله: "**الفقه معـــرفة الـــنظائر**" المـــبالغة في أهمية ذلك العلم أعنى به علم معرفة الأشباه والنظائر – علم قواعد الفقه– كما قال رسول الله ﷺ: "**الحج عرفة**" وذلك لأهمية الوقوف بعرفة. وفى الحقيقة أن الفقه معرفة النظائر، ذلك، لأن من يعرف النظائر والأشباه فى فروع الفقه، وحوادث الأيام حقيق أن يوصف بأنه فقيه، فلما كـــان أهـــم شيئ للفقيه أن يعرف النظائر عرفه به. وأما الذى يـــدرس الفقه فى المذاهب الأربعة من غير أن تكون عنده ملكة فقـــد لا يقـــدر على إثبات حكم لحادثة ليس لها نص فى كتب الأئمة ، وإنما حين يعلم القواعد فسوف يستطيع التخريج عليها، فلا تقف عنده حادثة دون أن يثبت لها حكماً عن طريق الإلحاق والتخريج.

المبحث الرابع

فى شرح كتاب سيدنا عمر بن الخطاب(أ) إلى سيدنا أبى موسى الأشعرى(ب) رضى الله عنهما.

(أ) من هو عمر بن الخطاب؟.

هــو عمــر بن الخطاب بن نفيل، أبو حفص ، أول من لقــب بأمــير المؤمنين ، ثانى الخلفاء الراشدين، المدنى، أحد فقهاء الصحابة، أحد العشرة المبشرين بالجنة، استشهد فى آخر سنة ثلاثة وعشرين، وهو ابن ثلاث وستين(1).

(ب) من هو أبو موسى الأشعرى؟

هــو عــبدالله بــن قيس الصحابى، الكوفى، الجليل قال الذهبى: كان عالماً، صالحاً ، تالياً لكتاب الله ، إليه المنتهى فى حسن الصوت بالقرآن توفى بمكة. وقيل بالكوفة سنة٤٤هــ عن عمر يناهز ٦٣هــ، ثلاث وستون سنة هــ(2).

(حـ) نص الكتاب :

كتــب عمــر بن الخطاب: من عبدالله عمر بن الخطاب أمــير المؤمنين ، إلى عبد الله بن قيس ، سلام عليك، أما بعد: فــإن القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم إذا أدلى إليك، فإنــه لا يــنفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس بين الناس فى وجهك،

---

(1) الخلاصة حــ٢ ص٢٦٨، الاستيعاب حــ٣ ص١١٤٤.

(2) المرجعين السابقين

وعدلــك ومجلسك ، حتى لا يطمع شريف فى حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك ، البينة على المدعى، واليمين على من أنكر، والصـــلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً، أو حرم حـــلالاً ، ولا يمنعنك قضاء قضيت به اليوم، راجعت فيه عقلك فهديـــت فـــيه لرشدك، أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يـــبطله شـــيئ، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل ثم الفهم الفهم ، فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس فى الكتاب والسنة، اعرف الأمثال والأشباه ، ثم قس الأمور عندك، فاعمد إلـــى أحـــبها إلى الله ، وأشبهها بالحق فيما ترى، واجعل لمن ادعى حقاً غائباً ، أو بينة غائبة ، فاضرب له أمداً ينتهى إليه ، فـــإن أحضر بينة أخذت له حقه، وإلا استحللت عليه القضية ، فإنه أنقى للشك ، وأجلى للعمى، والمسلمون عدول بعضهم على بعـــض ، إلا مجلـــوداً فى حد، أو مجرباً عليه شهادة زور، أو ظنيـــناً فـــى ولاء أو نســـب ، فإن الله تعالى تولى من العباد السـرائر، وســتر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان. وإياك والغضـــب والقلق والضجر ، والتأذى بالناس عند الخصومة ، والتـــنكر عند الخصومات ، فإن القضاء فى مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ، ويحسن به الذكر ، فمن خلصت نيته فى الحق، ولو على نفسه، كفاه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تخلق للـــناس بما يعلم الله أنه ليس من نفسه، شانه الله، فإنه الله تعالى لا يقـــبل من العباد إلا ما كان خالصاً، فما ظنك بثواب من عند

الله فـــي عاجل رزقه ، وخزائن رحمته، والسلام عليكم ورحمة الله] (١).

قال الشيخ أبو إسحاق: هو أجل كتاب بين آداب القضاء، وصفة الحكم، وكيفية الاجتهاد ، واستنباط القياس(٢).

(د) الكلام في درجة الكتاب:

إن نسبة هذه الرواية إلى سيدنا عمر بن الخطاب ثابتة وصحيحة من طرق متعددة، وبأسانيد صحيحة، ولا يعقل أن لا يكون لها أصل.

وأيد ذلك ابن القيم بقوله: هذا كتاب جليل تلقاه العلماء بالقبول، وبــنوا علــيه أصول الحكم والشهادة ، والحاكم والمفتى أحوج إليه، وإلى تأمله والتفقه فيه ، ونسبته إلى عمر صحيحة إسناداً أو متناً(٣) وقال السيوطي: وقد وجدت لذلك أصلاً من كلام عمر بن الخطاب: وذكر الحديث بأسانيد متعددة، لزيادة قوة الرواية، وهذا يعطى الثقة الكاملة فى صحة متن الحديث.

ومــن المعلــوم أن السنة نقلت إلينا نقلاً أميناً متواتراً، وأن الله تعــالى قــد قيض للسنة رجالاً اتصفوا بالأمانة والعدالة والدقة

---

(١) أعــلام الموقعين جـــ١ ص٨٥-٨٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص٧، سبل السـلام جـــ٤ ص٩٤-٩٥ ط مصــطفى الحلبى ، رواه أحمد والدراقطنى والبيهقى.

(٢) سبل السلام المرجع السابق.

(٣) أعلام الموقعين جـــ١ ص٨٦ ، والأشباه والنظائر ص٧ .

والضبط فاحتاطوا فى نقلها لما علمه الله أزلاً أنه سيجيئ أناس يطعــنون فى السنة فيقولون " لا يجب العمل إلا بالقرآن، لأنه ثابت بطريق القطع واليقين، وأما السنة فهى أخبار آحاد ويجوز الكذب فيها[١].

ومــن أجــل ذلك حرص المسلمون فى كل عصر على معــرفة الســنة، ومــا فيها من أحكام تشريعية فى العبادات ، والمعــاملات[٢] لأن السنة بيان لمجمل القرآن، ومهمة الرسول ﷺ أن يقــوم بهذا البيان قال تعالى ﴿ وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ ﴾ [٣] ولقد أطنب الجلال السيوطى فى بيان سند هذه الرواية ، جواباً على من شك فيها من الناس ، وقالوا: إنهــا لم تصدر عن عمر بن الخطاب ، وقال بعض الكتاب فى القضاء حديثاً: إن هذه الرواية من حيث المعنى سليمة ومسلمة فهى تصلح دستوراً للقضاء، إلا أنها من جيث نسبتها إلى عمر فيها كلام، لكنها ثابتة بطرق متعددة كما سبق بيانه . ولا عبرة بشــكوك وأوهام الظاهرية فى كتاب سيدنا عمر، لأنهم أنكروه بــناء على إنكارهم القياس بصفة عامة، وتصدى للرد على من طعــن فى متن هذا الكتاب من المستشرقين الدكتور/ حسن عبد القــادر فى كتابه " نظرة عامة فى تاريخ الفقه" والدكتور أحمد

(١) المغنى لابن قدامة جـــ٧ ص٥٩ ، والأشباه والنظائر للسيوطى ص٦ .

(٢) تاريخ الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى جـــ٢ ص٥٩ .

(٣) من الآية رقم (٤٤) من سورة النحل .

البهى فى كتابه " تاريخ القضاء فى الإسلام" [1] وخطاب سيدنا عمر بن الخطاب إلى سيدنا أبى موسى الأشعرى رضى الله عنهما مهم وطويل، ويصلح أن يكون دستوراً للقضاء فى مشارق الأرض ومغاربها ، لذا فسوف أقوم بشرحه وتفنيده، لما يأتى بمشيئة الله تعالى:

شرح الكتاب

(١) " من عبد الله عمر بن الخطاب أمير المؤمنين"

كان السابقون رضى الله عنهم ، يضيفون أنفسهم إلى الله بوصف العبودية ، وهذا إخضاع للنفس، وأن ما يأتى من الكلام لا يكون هزلاً، وإشعار لمن توجه إليه الكتاب أن ما فيه من الكلام قوياً، ووصف سيدنا عمر نفسه بالعبودية تشريف لها أيضاً ونص على وظيفته ، وأنه أمير المؤمنين ، ليدل على أنه ليس هناك مانع على كل ذى وظيفة ومنصب أن يذكر وظيفته ومنصبه فى مقام التعريف ، ولأجل أن يكون ما يقوله له قوة.

(٢) " إلى عبد الله بن قيس – أبى موسى الأشعرى"

وصف المرسل إليه بالعبودية كذلك، وكناه ولقبه حيث إن المرء يحب ذلك، وهو صادق فيما كناه به، ولقبه به.

(٣) " سلام عليك، أما بعد:"

ثم بدأ كتابه بالسلام على سيدنا أبى موسى الأشعرى وهى تحية

---

(١) المحلى لابن حزم وتاريخ القضاء فى الإسلام ص١٢٥ ، أعلام الموقعين المرجع السابق.

إلـــى آخر ، وأما شرطية نائبة عن مهما،والتقدير ، مهما يكن من شئ بعد البسملة ، والحمد لله، والصلاة والتسليم ، فهو كذا.

(٤) " فإن القضاء فريضة محكمة"

(أ) القضاء فى اللغة:

القضـــاء فـــى اللغة، يأتى بمعنى القطع والفصل، ويرد بمعنى الحكـــم، والجمع أقضية، ويأتى بمعنى الأداء، وبمعنى الإحكام، والإمضـــاء، والفـــراغ، وقضـــى بمعـــنى حكم وفصل وأمر، وأخبر[١].

(ب) القضاء فى الاصطلاح: القضاء فى الخصومة : هو إظهار ما هو ثابت[٢] وأدب القاضى هو التزامه لما ندب إليه الشرع ، من بسط العدل، ورفع الظلم وترك الميل[٣] والقضاء: هو الحكم بين الناس.

(جـــ) الفـــرض لغـــة: الفرض: الحز فى العود وغيره جمع فـــروض ، وهـــو ما أوجبه الله تعالى على عباده أو ما يفرضه الإنسان على نفسه، أو هو العطية المرسومة.

(د) الفرض فى الاصطلاح: هو ما ثبت بدليل شرعى مقطوع به كالكتاب والسنة والإجماع[٤].

---

(١) القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً ص٣٠٤-٣٠٥ .

(٢) التعريفات للجرجانى ص٢٢٦ .

(٣) التعريفات ص٢٩ .

(٤) القاموس الفقهى ص٢٨٣ .

والمعنى أن القضاء أمر فرضه الله ﷻ وأمضاه على عباده.

(هـــ) **المحكم لغة:** المتقن ومن القرآن الظاهر الذى لا شبهة فيه، ولا يحتاج إلى تأويل[1] ومن ثم فالمحكم فى الاصطلاح : مـــا أحكـــم المـــراد بـــه عن التبديل والتغيير، أى التخصيص والتأويل والنسخ، وذلك مثل قوله تعالى ﴿ **وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ** ﴾ [2].

والنصــوص الدالة على ذات الله تعالى، وصفاته، لأن ذلك لا يحــتمل النســخ، فإن اللفظ إذا ظهر منه المراد، فإن لم يحتمل النســخ فهــو محكم، وإلا فإن لم يحتمل التأويل فمفسر، وإلا فظاهر ، وإذا خفى لعارض أى لغير الصيغة فخاص، وإن خفى لنفســه أى لـــنفس الصـــيغة وأدرك عقلاً، فمشكل ، أو نقلاً ، فمجمل ، أو لم يدرك أصلاً فمتشابه[3] أو المحكم: ضد المتشابه وهو ما عدا الحروف المقطعة فى أوائل السور، أو ما كان غير منســوخ . أو مـــا وضـــح معـــناه، وعرف المراد منه ، إما بالظهور، وإما بالتأويل[4] ومعنى محكمه: فى كتاب سيدنا عمر ﷺ ، أى لا يتطرق إليه النسخ كما لا يتطرق النسخ إلى الآيات القرآنية المحكمة.

---

(١) المعجم الوجيز ص١٦٥ .

(٢) من الآية رقم (٢٣١) من سورة البقرة .

(٣) التعريفات ص٢٦٣ .

(٤) القاموس الفقهى ص٩٨ .

(٥) وقوله : " سنة متبعة".

(أ) السنة فى اللغة:

السنة: الطريقة، والسنة: السيرة، حميدة كانت أو ذميمة.

(ب) السنة اصطلاحاً:

هــى ما ينسب إليه من قول، أو فعل أو تقرير[١] ومعنى كــون القضاء سنة متبعة أى طريقة متبعة، فقد كان ﷺ يحكم بين الناس، وكذلك كان الخلفاء الراشدون لهم قضاة يفصلون فى الخصومات بين الناس لما اتسعت دولة الإسلام ، ومن ثم فلابد مــن تعييــن قضاة يحكمون بين الناس فى المنازعات وقوله: القضـــاء فريضة محكمة، وسنة متبعة: يريد به، أن ما يحكم به الحاكم نوعان:

أحدهمـــا: فــرض محكــم غير منسوخ : كالأحكام الكلية التى أحكمها الله فى كتابه.

والـــثانى: أحكـــام ســـنها رســـول الله ﷺ وهذان النوعان هما المذكوران فى حديث عبد الله بن عمر عن النبى ﷺ [العلم ثلاثة: فما سوى ذلك فهو فضل ، آية محكمة، وسنة قائمة، وفريضة عادلة] وروى عن أبى هريرة ﷺ أن النبى ﷺ دخل المسجد فرأى جمعاً من الناس علـــى رجـــل فقال ما هذا؟ قالوا يا رسول الله رجل

---

(١) القاموس الفقهى ص١٨٤ .

علامـــة قال: وما العلامة؟ قالوا: أعلم الناس بأنساب العرب، وأعلم الناس بالعربية، واعلم الناس بالشعر، واعلــم الناس بما اختلف فيه العرب فقال رسول الله ﷺ " هذا علم لا ينفع ، وجهل لا يضر" وقال رسول الله ﷺ [العلــم ثلاثــة وما خلا فهو فضل ، علم آية محكمة، أو سنة قائمة ، أو فريضة عادلة"[1].

(٦) قوله: [فعليك بالعقل والفهم وكثرة الذكر]

وهذا أسلوب إغراء ونصيحة تستطلف المخاطب وتأخذ قلــبه، حتى يطمئن إلى القائل ، فيسمع منه، ويعمل بما يقول، وهو آمن من الغدر والغسن وهذا فى لفظ:

(٧) وقولــه : " فافهم إذا أدلى إليك" الفاء فى قوله : فافهم، فاء الفصـــيحة ، لأنهــا أفصـــحت عن شرط مقدر، فكأنه قال: إذا علمــت ما قلت لك أو لا، فافهم ، والمراد بهذه العبارة الترتيب فى الحكم أى إعمال الذهن والفكر بعد استعراض ما عندك من أدلة وقرائن . والمعنى إذا تقدم إليك إنسان بقضية، والقضية : هـــى فعـــل المكلف، فإذا بلغت إليك حادثة فافهم واعمل نظرك فـــيها، ولا تتكلم إلا بعد فهم، وكلمة: أدلى إليك . استعارة تبعية فـــى الفعل، حيث شبه توجيه السؤال إلى القاضى بإدلاء الرجل المســـتقى الدلو للماء ، لجامع أن كلا يصل إلى ما به الحياة ،

---

(١) أعـــلام الموقعـــين عـــن رب العالمين لابن قيم الجوزية جـــ١ ص٧٣ ط دار الحديث.

فالمـــاء حياة كل شئ، والعلم به حياة النفوس المؤمنة، فاستعار المشبه به وهو الإدلاء للمشبه، وهو السؤال، واشتق من الإدلاء أدلـــى علـــى سبيل الاستعارة التبعية فى الفعل، والمراد بالأدلة التى يستعرضها هى الكتاب والسنة، والإجماع، والقياس ونحو ذلـــك . وبناء على ذلك إذا بذل القاضى جهده واستفرغ وسعه فى فهم حكم الله الذى حكم به، فى كتابه، أو على لسان رسوله ﷺ فـــى قضـــية مشـــابهة، ونظـــر فى القرائن والأمارات ، والعلامـــات التى تحيط بالقضية المعروضة عليه ، فإنه أجرى أن يتوصـــل إلـــى معرفة الحكم الصحيح ، فيحكم بمقتضاه بين الخصوم ما دام قد ترجح فى نظره . والفهم وحسن القصد من أعظـــم نعـــم الله الـــتى أنعم بها على عبده ، بل ما أعطى عبد عطـــاء بعـــد الإســـلام ، أفضل ولا أجل منهما، بل هما ساقا الإســـلام، وقـــيامه عليهما وبهما يأمن العبد طريق المغضوب علـــيهم، الذيـــن فســـد قصدهم، وطريق الضالين الذين فسدت فهومهـــم ، ويصـــير مـــن المنعم عليهم الذين حسنت أفهامهم وقصودهم ، وهم أهل الصراط المستقيم، الذين أمرنا أن نسأل الله أن يهدينا صراطهم فى كل صلاة، وصحة الفهم نور يقذفه الله فـــى قلـــب العـــبد يميز به بين الصحيح والفاسد ، والحق والـــباطل والهـــدى والضـــلال ، والغى والرشاد، ويمده حسن القصـــد، وتحـــرى الحـــق، وتقوى الرب، فى السر والعلانية، ويقطع مادته، اتباع الهوى، وإيثار الدنيا، وطلب محمدة الخلق

وترك التقوى، ولا يتمكن المفتى ولا الحاكم، من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم.

أحدهمـــا: فهـــم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والآمارات والعلامات حتى يحيط به علماً.

الثانى: فهم الواجب فى الواقع ، وهو فهم حكم الله الذى حكم به فـــى كـــتابه أو على لسان رسوله ﷺ فى هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر، فمن بذل جهده واستفرغ وسعه فى ذلك لم يعدم أجرين أو أجراً، فالعالم من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله كما توصل شاهد يوسف بشق القمـــيص مـــن دبـــر إلى معرفة براءته وصدقه، وكما توصل سليمان ﷺ بقولـــه: إئتونى بالسكين حتى أشق الولد بينكما" إلى معرفة عين الأم وهكذا[1].

(٨) وقوله : " فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له"

علـــة لقولـــه " **فافهم إذا أدلى إليك**" أى افهم وتريث ولا تـــتعجل، لأن العجلة ورثية الخطأ، والمعنى، افهم وتريث لكى يكـــون حكمـــك صحيحاً نافذاً ، فإنه لا فائدة فى حكم يصدر لا نفاذ له، والمراد بالتكلم الحكم الصادر من القاضى خطأ فإنه لا يـــنفذ، وإن كان متعلقاً بحق، لأنه فى الواقع ونفس الأمر ليس حقـــاً . والحكم الصادر عن طريق الاجتهاد ، لا ينقض إلا إذا

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم جـــ١ ص٧٤ وما قبلها.

تبين خطؤه، بأن عارض نصاً مقطوعاً به، أو إجماعاً، أو قياساً جلـياً . فالنص القاطع هو: ما دل علي العلية مع عدم احتمال غيرها، مثل قوله تعالى: ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ كَيْ لا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ ﴾ (١) فإن كي في الآية موضوعة للتعلـيل، ولم تستعمل فى غيره، ولذلك لم تحتمل غير التعليل، ومعنى الآية أن خمس الفئ لله ورسوله إلى آخره، لئلا يقتصر على الأغنياء منكم، وليكون متداولاً بينكم ، وفى متناول أيديكم.

وأمـا النص الظاهر: فهو ما دل على العلية مع احتمال غـيرها احتمالاً مرجوحاً ، وله ألفاظ ، مثل قوله تعالى:﴿ أَقِمِ الصَّلاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ ﴾ (٢) فاللام وضعت للتعليل ، كما قال أهل اللغة ، ولكن ورد استعمالها فى غيره، مثل الملك والاختصاص ، والعاقـبة ، فـالملك نحـو قولـه ﷺ " أنـت ومالك لأبيك" والاختصـاص مثل ، اللجام للفرس، والعاقبة مثل قوله تعالى: ﴿ فَالْتَقَطَهُ آلُ فِرْعَوْنَ لِيَكُونَ لَهُمْ عَدُوّاً وَحَزَناً ﴾ (٣) ونظـراً لاسـتعمال الـلام فى المعانى السابقة جعلت من قبيل الظاهر لاحـتمالها غير التعليل، لهذا كان الحكم الذى ينقض هو الذى يخالف النص المقطوع به دون الظاهر من الأدلة.

---

(١) من الآية رقم (٧) من سورة الحشر .

(٢) من الآية رقم (٧٨) من سورة الإسراء .

(٣) من الآية رقم (٨) من سورة القصص .

وأمـــا الإجماع: فهو لغة: الاتفاق والعزم ، وشرعاً: هو: اتفاق علماء العصر من أمة محمد ﷺ على أمر من أمور الدين ، أو اتفاق رأى المجتهدين من أمة محمد ﷺ فى عصر ما على حكم شـــرعى[١] والعـــزم الـــتام علـــى أمر من جماعة أهل الحل والعقد[٢].

وأمـــا القياس الجلى: هو ما كانت العلة فى المقيس أقوى منه فـــى المقـــيس عليه، كقياس الضرب على التأفيف . أو خالف المذاهـــب الأربعة، لأن المخالف للمذاهب الأربعة المعروفة ، كالمخالف للإجماع . قال النووى: ومتى بان حكمه خلاف نص أى ظهـــر حكم القاضى خلاف نص، أو إجماع أو قياس جلى، نقضـــه هـــو أو غـــيره، فالنصوص المقطوع بها ليست محلاً للاجتهاد، وإنما محله الظاهر من الأدلة[٣] وولاية الحق نفوذه، فـــإذا لم ينفذ كان ذلك عزلاً له عن ولايته، فهو بمنزلة الوالى العدل الذى فى توليته مصالح العباد فى معاشهم ومعادهم، فإذا عـــزل عـــن ولايته لم ينفع، ومراد عمر بذلك التحريض على تنفـــيذ الحق إذا فهمه الحاكم، ولا ينفع تكلمه به، إن لم يكن له قـــوة تنفـــيذه، فهو تحريض منه على العلم بالحق والقوة على تنفيذه ، وقد مدح الله تعالى أولى القوة فى أمره، والبصائر فى

---

(١) القاموس الفقهى ص٦٦ .

(٢) التعريفات للجرجانى ص٢٤ .

(٣) قواعد الفقه للدكتور/ عبد العزيز عزام ص٥٩ ، المرجع السابق.

دينه فقال ﴿ وَاذْكُرْ عِبَادَنَا إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ أُولِي الْأَيْدِي وَالْأَبْصَارِ ﴾ (١) فالأيدى القوى على تنفيذ أمر الله، والأبصار فى دينه(٢).

(٩) وقوله : " آس بين الناس فى وجهك ، وعدلك، ومجلسك" أى سو بين المتخاصمين أى المدعى ، والمدعى عليه، أمامك فى كل شيء، وكذلك سو بين الشهود، فلا تقطب وجهك لأحدهما، وتبسطه فى وجه الآخر، لأن هذا يكسر القلوب، ويوقع فى قلوب الناس التهمة وكذلك التسوية فى العدالة، لأنه من الجائز أن يسوى بين الناس فى وجهه، ولا يسوى بينهم فى العدل، ولذا قال : " وعدلك ومجلسك" أى لا تقرب أحدهما، وتبعد الآخر، فلابد أن يكون عدلاً فى كل إجراءاته ، ذلك لأنه إذا وجدت ريبة فى نفوس الناس بالنسبة للقاضى ، فإنهم لا يطمئنون إلى قضائه . ويجب أن يتصف بذلك كل من هو على شاكلة القاضى ، كرجل يدير جلسته وحجابه، فلابد أن يتصف بالعدل فى كل أحواله.

(١٠) وقوله : " حتى لا يطمع شريف فى حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك" تعليل للأمر المتقدم بالتسوية ، حتى لا يطمع ذو مكانة عالية من جورك ، لأن عدم التسوية بين الناس، تجعلهم لا يثقون فى أحكامه، ولا ييأس الضعيف من عدل

---

(١) من الآية رقم (٤٥) من سورة ص .

(٢) أعلاك الموقعين جـ١ ص٧٤-٧٥ .

القاضـــى ، لأنـــه إذا وجـــد القاضى يميل إلى صاحب المكانة الاجتماعـــية يـــيأس من عدله، ولا ينتظر منه حكماً صحيحاً[1] وإذا عدل الحاكم فى هذا بين الخصمين ، فهو عنوان عدله فى الحكومـــة ، فمتى خص أحد الخصمين بالدخول عليه، أو القيام له، أو يصدر المجلس، والإقبال عليه، والبشاشة له والنظر إليه، كـــان عـــنوان حـــيفه وظلمه . وقد روى فى بعض التواريخ القديمـــة، أن أحد قضاة العجل فى بنى اسرائيل ، أوصاهم إذا دفنوه أن ينبشوا قبره، بعد مدة ، فينظروا هل تغير منه شئ أم لا؟ وقـــال: إنـــى لم أجر قط فى حكم، ولم أحاب فيه، غير أنه دخل على خصمان كان أحدهما صديقاً لى، فجعلت أصغى إليه بـــأذنى أكـــثر من إصغائى إلى الآخر ، ففعلوا ما أوصاهم به، فرأوا أذنه قد أكلها التراب ، ولم يتغير جسده . وفى تخصيص أحد الخصمين بمجلس أو إقبال ، أو إلزام مفسدتان:

إحداهما: طمعه فى أن تكون الحكومة له، فيقوى قلبه، وجنانه.

الثانـــية: أن الآخـــر يـــيأس من عدله، ويضعف قلبه، وتنكسر حجته[2].

(١١) وقوله: [البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر] البيـــنة فـــى اللغـــة: الحجة الواضحة[3] وفى اصطلاح الفقهاء

---

(١) أعلام الموقعين جـــ١ ص٨٩ .

(٢) أعلام الموقعين جـــ١ ص٧٥ .

(٣) المعجم الوجيز ص٧٠ .

مخصوصة بالشاهدين ، أو الشاهد واليمين . وهى فى كلام الله ورسـوله ﷺ ، وكـلام الصحابة رضى الله عنهم: اسم لكل ما يبيـن الحق، فهى أعم مما فى اصطلاح الفقهاء . وهى الحجة القوية[1] وهى أصل من أصول الشريعة والقضاء، والبينة: هى الشـهود ، وطلبت البينة من المدعى لأن موقفه ضعيف، لأنه يدعـى خلاف الظاهر، ويدعى ما الأصل عدمه، والبينة حجة قوية.

واليميـن حجـة ضعيفة، فكانت فى جانب المدعى عليه لأنه يدعى ما الأصل وجوده ، فجانبه قوى والأصل براءة ذمته من دعوى المدعى . والبينة: طريقة من طرق الإثبات للقضاء بين الناس ، فنظراً لأن جانب المدعى ضعيف طالبته الشريعة بالبيـنة القويـة. ونظـراً لأن جانب المدعى عليه قوى طالبته الشـريعة باليميـن،وهى حجة ضعيفة ، فإذا ما رفض المنكر اليمين، ردها القاضى على المدعى وهذه تسمى اليمين المردودة ، وهـى بينة حكماً يا أبا موسى: إذا احتكم إليك رجلان ، فلا تحكم إلا لمن يحضر البينة، وإلا انتقلت إلى اليمين.

واليميـن لغـة: ضـد اليسار، للجهة والجارحة، وهى مؤنثة، وجمعهـا: أيمـن، وأيمـان، وأيا من، وهى ترد بمعنى القوة ، والدين ، والملة، والبركة، والعهد، والقسم.

---

(١) القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً ص٤٧ .

وفى الشرع: عبارة عن عقد قوى به عزم الحالف على الفعل ، أو الـــترك[1] ودليل ذلك قول النبى ﷺ [البينة على المدعى ، واليميـــن على من أنكر] والدعوى فى اللغة: الإدعاء أو القول: وجمعها دعاوى ، ودعاوى ، وفتح الواو أولى . والدعوى فى القضـــاء : قـــول يطلـــب بـــه الإنسان إثبات حق على الغير. والدعـــوى فى الشرع: إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شئ فى يد غيره، أو فى ذمته أو هى: طلب أحد حقه من آخر، فى حضـــور حـــاكم ، ويقـــال للطالب: المدعى ، وللمطلوب منه المدعـــى عليه وهو من عليه الحق، والمدعى: هو الذى يطلب بدعواه شيئاً لم يكن له، ولا ثبتت يده عليه[2].

ومن ثم فالدعوى فى اصطلاح الفقهاء: قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق عند غيره، أو دفع حق عن نفسه[3].

وأما فى القانون الوضعي، فهى: إمكان الالتجاء إلى القضاء[4] وبهذه القاعدة للحكم يكون سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ ، وضع لســيدنا أبى موسى الأشعرى ﷺ ، دستوراً ، وأساساً، وأصلاً، من أصول الحكم فى الإسلام يجب أن يعلمه كل مؤمن.

(١٢) وقولــــه : " والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل

---

(١) القاموس الفقهى ص٣٩٥ .

(٢) تلخيص الحبير جـ٤ ص٢٠٨ .

(٣) القاموس الفقهى ص١٣١ .

(٤) النظام القضائى فى الإسلام جـ١ ص٧٦ د/ لعبد العزيز عزام.

حراماً، أو حرم حلالاً".

الصـــلح فـــى اللغـــة: إنهاء الخصومة، وإنهاء حالة الحرب[١] وشـــرعاً ، عقـــد يـــرفع النزاع بالتراضى، ويقطع الخصومة، وينعقد بالإيجاب والقبول[٢].

أو هـــو لغة: اسم من المصالحة وهى المسالمة بعد المنازعة . **وفى الشريعة:** عقد يرفع النزاع[٣].

والخطـــاب وإن كـــان موجهاً للمسلمين فهو على سبيل التغليـــب، وإلا فالصلح جائز بين الذميين قال تعالى: ﴿ **فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ** ﴾ [٤].

والمراد بهم أهل الذمة، وأما أهل الحرب فهم بمعزل من أحكـــام الشريعة الإسلامية فالصلح جائز ما لم يحل حراماً، أو يحرم حلالاً.

(أ) مثال الصلح الذى يحلل الحرام:

ادعـــى شخص أن له على شخص آخر عشرة آلاف جنيه، ثم صـــالحه القاضى على خمسة، وكان المدعى كاذباً فى الواقع ، فإنـــه بذلك أحل له القاضى الحرام بالصلح، وأعطاه ما ليس له بحق، وكذلك إن صالح على خمر، أو من حال إلى مؤجل.

---

(١) المعجم الوجيز ص٣٦٨ .

(٢) القاموس الفقهى ص٢١٥ .

(٣) التعريفات ص١٧٦ .

(٤) من الآية رقم (٤٨) من سورة المائدة .

(ب) مثال الصلح الذى يحرم الحلال:

ادعى شخص أن له على شخص آخر عشرة آلاف جنيه، وكان صادقاً فى دعواه، فصالحه القاضى على خمسة، فإنه يكون بذلك قد حرم الحلال باقتطاعه جزءاً من مال المدعى بغير حق(١).

وهاتان غير جائزتين شرعاً: فالصلح لا يثبت حلالاً، إلا إذا كان موافقاً للواقع، أما إذا كان مخالفاً للواقع، فلا يثبت حلالاً أبداً، قال ﷺ [إنكم تختصمون إلىَّ ولعل بعضكم يكون، ألحن حكمت له بشئ من حق أخيه، فلا يأخذه، فإنما هو قطعة من النار] (٢) ومعنى ألحن بحجته أى فطن لحجته، وانتبه لها . وقال ﷺ [الصلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً، والمسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً] قال الترمذى : هذا حديث صحيح.

وقد ندب الله سبحانه إلى الصلح بين الطائفتين فى الدماء فقال ﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا ﴾ (٣).

وندب الزوجين إلى الصلح عند التنازع فى حقوقهما فقال﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلا جُنَاحَ عَلَيهِمَا

---

(١) نهاية المحتاج جـ٤ ص٣٨٣ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص١٧٧ ، حاشية الجمل على المنهاج جـ٣ ص٣٥١ .

(٢) تلخيص الحبير جـ٤ ص١٩٢ .

(٣) من الآية رقم (٩) من سورة الحجرات .

أنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [1] وأصلح النبى ﷺ بين بــنى عمــر وبن عوف لما وقع بينهم ، وقال عمر ﷺ : ردوا الخصــوم لعلهم أن يصطلحوا فإنه آثر للصدق، وأقل للخيانة . وقــال أيضاً: ردوا الخصوم إذا كانت بينهم قرابة ، فإن فصل القضاء يورث بينهم الشنآن.

أنواع الحقوق بالنسبة للصلح:

والحقوق نوعان: حق الله، وحق الآدمى.

(أ) فحــق الله لا مدخــل للصــلح فــيه، كــالحدود والزكوات والكفــارات ، ونحوها، وإنما الصلح بين العبد، وبين ربه فى إقامتها، لا فى إهمالها، ولهذا لا يقبل الصلح فى الحدود إذا بلغت السلطان فلعن الله الشافع والمشفع.

(ب) وأمــا حقــوق الآدميين، فهى التى تقبل الصلح والإسقاط، والمعاوضــة علــيها، والصلح العادل هو الذى أمر الله به رســول الله -ﷺ- كما قال: ﴿ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ ﴾ [2] والصلح الجائر هو الظلم بعينه، وكثير من الناس لا يعتمد العــدل فى الصلح، بل يصلح صلحاً ظالماً، والصلح الذى يحل الحرام، ويحرم الحلال، كالصلح الذى يتضمن تحريم، أو إحــلال بضع حرام، أو أكل ربا، أو إسقاط واجب، أو تعطــيل حد، أو ظلم ثالث، وما أشبه ذلك، فكل هذا صلح

---

(١) من الآية رقم (١٢٨) من سورة النساء .

(٢) من الآية رقم (٩) من سورة الحجرات.

مردود، وأما الصلح الجائز بين المسلمين فهو الذى يعتمد فـيه رضى الله سبحانه وتعالى، ورضى الخصمين ، فهذا أعـدل الصـلح وأحقـه وهو يعتمد العلم والعدل ، فيكون المصـالح عالمـاً بالوقائع، عارفاً بالواجب ، قاصداً للعدل فدرجة هذا، أفضل من درجة الصائم القائم كما قال النبى- ﷺ-: [ألا أنبـئكم بأفضل من درجة الصيام القائم؟ قالوا: بلـى: يا رسول الله قال : إصلاح ذات البين ، فإن فساد ذات البيـن الحالقة، أما إنى لا أقول، يحلق الشعر، ولكن يحلق الدين].

وقـد جاء فى أثر : أصلحوا بين الناس، فإن الله يصلح بين المؤمنين يوم القيامة[1].

(١٣) وقولـه: **[ومن ادعى حقاً غائباً أو بينة غائبة ، فاضرب لـه أمـداً ينـتهى إلـيه، فإن جاء ببينته أعطيته حقه ، وإلا اسـتحللت عليه القضية]** إعطاء المدعى الذى غابت بينته، أو حقـه ، مـدة بحسب نظر القاضى حتى يحضر ما يدعيه، أو بينته، أو حقه، مدة بحسب نظر القاضى حتى يحضر ما يدعيه، أو بينـته، فـإن ضرب هذه المدة أنفى للشك، وأبلغ فى العذر، وأجلـى للعمـي وحـتى تظهـر صورة القضية كاملة، أمام الخصـوم، فـلا يشكوا فى قضاء القاضى، ولا أنه تسرع فى

(١) أعلام الموقعين حـ١ ص٩٣-٩٤.

إصــــدار الأحكـــام، سيراً على غير هدى. ولا يجوز للقاضى إعطاء مدة غير محددة، قوله: "استحللت" جواب الشرط، فإذا لم يحضــــر بيـــنة، وانـــتقل إلى اليمين، وحكم بناء عليه، ثم أتى المدعـــى بالبيـــنة، حكم له، لأن الحكم فى الأولى تبين خطؤه، بكـــذب المدعـــى عليه، ولذلك قال مبيناً السبب فى ضرب هذه المـــدة بقوله: " فإنه أنقى للشك ، وأجلى للعمى " أى أن ضرب الأمد لأجل إحضار البينة، أو العين الغائبة أنفى للشك فى قلوب المتخاصمين، لأن تسرع القاضى فى إصدار الحكم سيراً على غير هدى.

وهذا من تمام العدل، فإن المدعى قد تكون حجته أو بينـــته غائـــبة، فلو عجل عليه الحكم، بطل حقه، فإذا سال أمداً تحضــــر فـــيه حجته أجيب إليه، ولا يتقيد ذلك بثلاثة أيام، بل بحسب الحاجة فإن ظهر عناده ومدافعته للحاكم، لم يضرب له أمـــداً، بل يفصل الحكومة، فإن ضرب هذا الأمد إنما كان لتمام العدل، فإذا كان فيه إبطال العدل لم يجب إليه الخصم[1].

(١٤) قوله : [ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم، راجعت فيه عقلـــك، وهديـــت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديـــم، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل] أى يا أبا موسى لا يمنعك قضاء، قضيته وتبين خطؤه، فلا تأخذك العزة

---

(١) أعلام الموقعين جـــ١ ص٩٤.

بـــالإثم ، وتمتـــنع عن الرجوع إلى الصواب فتبوء بإثمك، فإن الإذعان للحق أمر واجب والاعتراف بالخطأ من طبيعة العاقل.

ثـــم علل الأمر بالرجوع للحق بقوله : " فإن الحق قديم" فالحق هو الله ومن كره الحق فقد كره الله، ولأن الحكم هو خطاب الله تعالى، وهو صفة لله سبحانه، وصفته قديمة بقدمه.

والحق: هو حكم الله تعالى، المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيـــير أو الوضع. ومراجعة النفس معناها مراجعة العقل، فالنفس تطلق على الذات، وعلى العقل، و"لا" ناهية فعلت الجزم فـــى الفعل المضارع بعدها. فمن تبين له أن الحكم على خلاف مـــا قضـــى به، فليرجع إلى الحق، وليعترف بخطئه، وهذا من طبيعة العاقل، فالعاقل من طبيعته أن الحكم إذا كان على خلاف نـــص أو إجماع، أن يراجع نفسه، وأن يعود إلى الحق، ويعمل به، أما إذا كان حكماً اجتهادياً ، ولا يعارض نصاً قطعياً ، ولا إجماعاً، ولا قياساً جلياً ، وتغيرت فكرته فلا يرجع عن حكمه، لأنه اجتهاد، وهو لا ينقض بالاجتهاد، فيجب أن يعمل بالاجتهاد الأول، ولا يغـــيره بتغير القضاء غاية الأمر، أننا نلتزم بالثانى فـــيما بعـــد: لأنه لو كان الاجتهاد ينقض بالاجتهاد، لما استقر حكـــم، ولفظ (خير) أفعل تفضيل إلا أنه ليس على بابه هنا بل تثبـــت الخير كله للفاضل ونفيه عن المفضول، كما يقال: زيد أعقل من الحمار. وقد قضى عمر بن الخطاب-ﷺ- فى امرأة توفيـــت، وتركـــت زوجهـــا ، وأمهـــا، وأخويها لأبيها وأمها،

وأخويها لأمها ، فأشرك عمر بين الأخوة للأم ، والأب ، وبين الأخوة للأم فى الثلث، فقال له رجل : إنك لم تشرك بينهم عام كـذا وكذا وقال عمر: تلك على وقضتينا يومئذ، وهذه على ما قضـينا اليوم، فأخذ أمير المؤمنين فى كلا الاجتهادين بما ظهر له أنه الحق، ولم يمنعه القضاء الأول من الرجوع على الثانى، ولـم ينقض الأول بالثانى فجرى أئمة الإسلام بعده على هذين الأصـليين(١)، ومثل ما إذا أحدث الإمام فى الصلاة ، وأخذته العزة، فأتم الصلاة، فهذا الإمام لو اعتقد حل ذلك ولم يستخلف يكفر، لأن الإذعان للحق أمر واجب.

والحق لغة: هو الثابت بلا شك، وهو مقابل للباطل، وهو الأمر المقضـى، وهو الحزم ويرد بمعنى الواجب اللازم، والصدق، والعـدل، والقرآن، والنصيب ، والإسلام، وشرعاً : ما ثبت به الحكـم، أو هـو: الحكم المطابق للواقع على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب. باعتبار اشتمالها على ذلك(٢).

والـباطل: ضـد الحق، وهو الكذب والكفر، والشرك، والصـنم، وإبلـيس، والظلم، والتعدى، وفى الشرع، هو ما لا يكون مشروعاً لا بأصله ولا بوصفه(٣).

(١٥) قولـه :[الفهم ، الفهم فيما يختلج فى صدرك مما ليس

---

(١) أعلام الموقعين حـ١ ص٩٤-٩٥.

(٢) القاموس الفقهى ص٩٤.

(٣) القاموس الفقهى ص٣٨، التعريفات ص١٢٠.

في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ] هذا لأن التردد إنما يكون فى الأمـور الـتى ليس فيها نص، من كتاب، أو سنة، أو إجماع، "والفهم" أسلوب إغراء بلزوم الفهم، وفاعل النصب فعل مقدر، والـتقدير "تمسـك بـالفهم، أو الزم الفهم، ومعنى "يختلج" أى يضـطرب ويـتلجلج الأمر فى صدرك، ولا يكون ذلك إلا فى الظاهـر من النصوص، ومن ثم وجدت الاجتهادات والمذاهب أما النص القطعى لا يتأتى الاضطراب فيه.

وكـتاب الله تعالى: هو القرآن المكتوب فى مصاحفنا المحفوظ فى صدورنا للإعجاز ، بسورة منه.

والسـنة: هـى الطـريقة فـى اللغة، سواء كانت محمودة أو مذمومـة، وفـى الاصطلاح: هى أقواله ، وأفعاله، وتقريراته. والمعـنى أن سـيدنا عمـر -ﷺ- ، يقول: لسيدنا أبى موسى الأشـعرى، كن حذراً فى الحكم بين الناس، فإذا كانت المسألة ليسـت واضحة المعالم لك، فاحذر أن تقول قولاً، بغير تريث، وهذا إذا لم توجد فى الكتاب والسنة، أو عليها إجماع، فالأمور الاجـتهادية، ليسـت اعتباطية بل الحكم فيها مبنى على تقليب وجـوه الـنظر، حـتى يترجح عند القاضى الحكم فيقضى به، والاضـطراب لا يكـون إلا فى الظاهر كما قلنا: والظاهر من النصـوص هو: ما احتمل المراد وغيره، وأما النصوص القطعية فـلا يـتأتى الاضطراب فيها،لأنها لا تحتمل غير المراد، والمراد بالصدر الفعل ، وإنما أسند الأمر إلى الصدر ، لأنه محل القلب.

قـال تعالى: ﴿ وَلَقَدْ ذَرَأْنَا لِجَهَنَّمَ كَثِيراً مِنَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ لَهُمْ قُلُوبٌ لا يَفْقَهُونَ بِهَا وَلَهُمْ أَعْيُنٌ لا يُبْصِرُونَ بِهَا وَلَهُمْ آذَانٌ لا يَسْمَعُونَ بِهَا أُولَئِكَ كَالْأَنْعَامِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ أُولَئِكَ هُمُ الْغَافِلُونَ ﴾ (١).

(١٦) **وقولـه: [ثـم اعرف الأمثال والأشباه ، وقس الأمور عـند ذلـك ، فاعمد إلى أحبها إلى الله تعالى وأشبهها بالحق فـيما ترى]** هذه المقولة فيها أساس علم الأشباه والنظائر، قال السـيوطى(٢) وهـذه المقولـة صريحة فى الأمر بتتبع النظائر وحفظهـا، لـيقاس عليها ما ليس بمنقول. وفيها إشارة إلى أن الـنظائر منها ما يخالف نظيره فى الحكم لمدرك خاص، فليس كل النظائر المتحدة الصورة والمعنى، تأخذ حكماً واحداً، فعليك يـا أبا موسى أن تعرف الأشباه والنظائر كى توجد عندك ملكة وحصيلة فقهية يمكنك أن تعمل القياس متى عرفتها، لذلك ترتب القـياس علـى معرفة الأشباه والنظائر فهو من عطف السبب، وأشـبهها علـى المسبب أحبها ، فالأشبهية فى الحق سبب فى كـون الأمـر أحب إلى الله ، وليس عليه أن يصل إلى اليقين.

وقوله: فيما ترى أى فيما تظن وفيه إشارة إلى أمرين:

الأول: أن المجـتهد لا يكلـف أن يصل إلى نفس الحق ، وإنما يكلف بما ظنه صواباً.

الثانى: أن المجتهد لا يقلد غيره، لأنه عدول عن الراجح عنده

(١) الآية رقم (١٧٩) من سورة الأعراف .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٧.

إلـــى الأقــل رجحانـــاً فـــى نظره، لأنه وصل إلى الحق فى رأيه، ولأن تقليده لغيره باطل عنده، فإن ما وصل إليه حق فى نظـــره، وما وصل إليه غيره باطل فى نظره ، فلو حكم برأى غـــيره وترك رأى نفسه كان حكمه بغير الحق ، والحكم بغير الحـــق حكـــم بالـــباطل، فيكون باطلاً[1] والأشباه: جمع شبيه، والـــنظائر جمـــع نظير، وهذا من عطف المرادف، لأن شبيه الشيئ نظيره.

ومعـــنى علـــم الأشـــباه والـــنظائر: أى جمع الحوادث المتشـــابهة فى الصورة والمعنى، والعلة المعبر عنها بالفروع، ووضـــعها تحت القاعدة الكلية ، وعلى هذا فلا يمكن الوصول على القاعدة الكلية ومعرفتها، إلا بعد معرفة الفروع المتشابهة المندرجة تحتها، وهذه الطريقة اتبعها الحنفية فى منهجهم، وهي أمثل من طريق الشافعية، لأنها تنقل الدارس من المحسوس إلى المعقول، فالحنفية: فرعوا ثم قعّدوا ، خلافاً للشافعية حيث إنهم قعّدوا ، ثم فرّعوا ، فالأشباه هنا: هى كل فرع فقهى بينه وبين الآخـــر وجه شبه فيتآخيان فى وجه الشبه ويرتبطان بالأم، التى هى القاعدة الكلية، وكذلك النظائر وشبيه الشيئ منجذب إليه.

(١٧) وقوله: [المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً فـــى حـــد، أو مجرباً عليه شهادة زور، أو ظنينا فى ولاء أو

---

(١) النظام القضائى فى الإسلام حـــ١ ص١٤٧.

نســـب] الإسلام: إظهار الخضوع والقبول ، والدين الذى أنزله الله علـــى محمد ﷺ[1]، والإسلام : الخضوع والانقياد لما أخبر به الرسول ﷺ[2] والمسلم: من دان بالإسلام والمستسلم للحق[3] والمسلمون: جمع مذكر سالم ، مفرده : مسلم ، وعدول : جمع عـــدل: والعدالـــة: ملكـــة فى النفس تمنع صاحبها من ارتكاب الكـــبائر، وعدم الإصرار على الصغائر، فالقاضى يقبل شهادة المسلمين على بعض، إلا شهادة المجلود فى حد قذف أو زنا أو غـــيرها مـــن الحدود، أو مجرياً عليه شهادة زور أو ظنينا فى ولاء أو نســـب ، أى متهماً بأن كان عبداً ثم عتق ، أو انتسب إلى غير سيده ، أو انتسب إلى غير أبيه، والعدالة: لا تتحقق إلا فى مجتنب الكبائر، غير المصر على الصغائر، وعدم ارتكاب مـــا يخل بالمروءة، فكل مسلم بالنسبة للآخر عدل إلا الأصناف الـــتى ذكـــرها، وشهادته على الآخرين شهادة عدل، فالمجلود، كالقـــاذف، وشارب الخمر والزانى مع غير إحصان، ولا تقبل مـــنهم شهادة، والمجرب عليه شهادة زور كذلك ، لأن الشاهد ينـــير الطريق للقاضى ، والذى يدنس نفسه بظلمات الاتهام، لا يمكـــن أن تنير نفسه الطريق للقاضى أبداً. والعدالة: شرط فى الشـــاهد على العموم، والمتهم غير عدل، لأن غيره لا يطمئن

(١) المعجم الوجيز ص٣١٩.

(٢) التعريفات ص٣٩.

(٣) القاموس الفقهى ص١٨٢.

إلـــيه فى حق نفسه، فكيف لا يطمئن إليه فى حق غيره. وإنما كانـــت العدالة شرطاً على العموم لقوله تعالى:﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [1] ومـــن قام به مانع من موانع الشهادة، فلا تقبل شهادته.

(١٨) وقوله:[**فإن الله تعالى تولى منكم السرائر، أو تولى من العـــباد الســـرائر، وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان**] وقولـــــه : فـــإن الله تعالى تولى من العباد السرائر، تعليل بأن القاضى إنما يحكم بالظاهر فلا يقبل شهادة من اتهم. ولا طريق للقاضـــى للعلـــم بالسرائر، لأنها لله وحده ، فقس يا أبا موسى الأشـــباه والـــنظائر واحكم بالظاهر، فمن أحضر بينة حكم له القاضـــى، لأنه أسير البينة، ولم ينفذ حداً على أحد إلا بعد أن يثبـــت موجـــب ذلـــك عليه بوسيلة من وسائل الإثبات المقررة شرعاً.

(١٩) وقولـــه: [**إياك والقلق، والضجر ، والتأذي بالخصوم ، وإيـــاك والتـــنكر عند الخصومات**] إياك تحذير، أى أحذر من الضـــجر والقلـــق ، والغضـــب والتأذى بالخصوم ، والمراد: بالغضب : الغضب الشديد، والمراد بالتأذى بالخصوم: هو رفع الصـــوت فـــى مجلس الحكم من الخصوم ، وعلى القاضى أن يكون حليماً. والتنكر عند الخصومة كأن يقول القاضى للمدعى،

---

(١) من الآية رقم (٢) من سورة الطلاق.

مـــن أين لك هذا؟ وكيف أخذ منك هذا؟ فهذا يضيع الحق على المتخاصـــمين، فمـــن ثم لا يجوز التنكر للمدعى، ولا للمدعى عليه.

والدعــوى : هى إخبار بحق للشخص على غيره. والشهادة : هى إخبار بحق للغير على الغير.

(٢٠) وقوله: (فإن الحق فى مواطن الحق يعظم الله به الأجر، ويحســـن به الذكر أو الزخر) وبعد أن فرغ من تعليمه لما تقدم قـــال ســـيدنا عمر -ﷺ- لسيدنا أبى موسى الأشعرى ، يا أبا موســـى إذا التزمت ذلك ، كان لك الأجر ، والشأن العظيم عند الله تعالى، والثناء الحسن الجميل ، فإن القضاء بالحق يعظم الله بـــه الأجـــر ويحســـن به الزخر أى ما يدخره الله للإنسان فى الآخرة.

(٢١) وقوله : (فمن خلصت أو صحت نيته فى الحق ولو على نفســـه، كفاه الله ما بينه وبين الناس] أى احذر أن تجبن، لأن نيتك متى صحت وخلصت لله فى الحق، لأنك تقول الحق، لأنه حـــق ، ولـــو على نفسك، فلا يخاف فى الله لومة لائم، لأن الله كافية وراعيه، فسيكفيكهم الله وهو السميع العليم. ويدفع الله عنه شـــر الخلـــق ، ولا تمتد إليه أيدى الظالمين. فإذا حفظ ما بينه وبيـــن الله، حفـــظ الله ما بينه وبين الناس، فهو يربط على قلبه ويثبته على الحق ، فلا يجبن ولا يخاف.

(٢٢) وقولـــه: (ومن تخلق للناس بما يعلم الله أنه ليس من نفســـه ، شـــانه الله ، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد، إلا ما كـــان خالصـــاً] ثم حذره من أن يتخلق للناس ، يخلق ليس من خلقـــه، ويظهر لهم ما ليس من طبعه، بأن يتكلف ما ليس فيه، بل عليه أن يتخلق بالأخلاق الكريمة، ويجعلها من صفاته، فإن فعل غير ذلك ، عابه الله ، وكشف أمره ، وأظهر حقيقته يوما مـــا. فـــاحذر يا أبا موسى أن تتكلف هذه الصفات، بل اجعلها طبيعتك وخلقاً لك.

(٢٣) وقولـــــه : [فما ظنك بثواب من عند الله فى عاجل رزقه وخزائن رحمته، والسلام عليكم ورحمة الله].

والمعنى فما ظنك بموقفك من الله تعالى؟

والجـــواب : ستكون سعيداً فى الدنيا، ويرزقك الله رزقاً طيباً ، وهذه إشارة إلى أن من التزم العدل يرزقه الله تعالى من خزائن رحمته فى الآخرة. والسلام قال تعالى:**(وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً*وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لا يَحْتَسِبُ)** (1).

---

(١) من الآيتان (٢ ، ٣) من سورة البقرة ، الفوائد الجنية حـــ١ ص٦٨-٦٩ ط دار البشائر الإسلامية. المبسوط للسرخسى حـــ١٦ ص٦٠-٦١ وما بعدها ط دار الفكر ، الأحكام السلطانية للماوردى ص٩١ ط دار الكتب العلمية – أعلام الموقعين حـــ١ ص٧١ ، حـــ٢ ص١١٨. .

المبحث السادس

في قاعدة الأمور بمقاصدها

وفيه أربعة مطالب:-

المطلب الأول:

في مفهوم القاعدة وأصلها.

المطلب الثاني:

في تعريف النية ، وحكمها، وما يتعلق بها .

المطلب الثالث:

في شروط النية.

المطلب الرابع :

فــي الأصل في قاعدة الأمور بمقاصدها والفوائد التي تستنبط من الحديث.

المطلب الأول

فى مفهوم القاعدة، وأصلها

****

(أ) تعريف الأمور:

الأمــر: معناه الفعل، وهو عمل الجوارح ، فمن ثم يكون القول مــن جملة الأفعال ، لأنه ينشأ عن جارحة اللسان. ويأتى الأمر بمعــنى الحال، إذ يقال: أمور فلان مستقيمة أى أحواله ، ومنه قولــه تعالى:﴿ وَمَا أَمْرُ فِرْعَوْنَ بِرَشِيدٍ ﴾ (١) و المقصود بالأمر فى هذه الآية، حال فرعون. فالأمور : جمع أمر : وهو الحال.

(ب) تعريف المقاصد :

المقاصد: جمع مقصد: والقصد: هو النية، أى الأمور بنياتها أو الأمور مرتبطة بالمقاصد.

والمقاصــد: هــى النــيات ومعــنى المقاصد: الإرادة والعزم والمــراد: أن أعمال المكلف، وتصرفاته، قولية كانت أو فعلية، تخــتلف تــبعاً لاخــتلاف مقصود الشخص، ونيته، من وراء الأعمال والتصرفات، وعلى ذلك ، فالقاعدة على تقدير: أحكام الأمور بمقاصدها.

والتكالــيف الشرعية على المكلف، إما أن تكون إقرار باللسان،

---

(١) من الآية رقم (٩٧) من سورة هود، والأشباه للسيوطى ص٩ ط عيسى البابى الحلبى. مختار الصحاح للرازى ص٢٤ ط دار المعارف..

أو فعل بالجوارح، أو نية بالقلب . وهذه القاعدة متعلقة بالقلب.

إيضاح: ولزيادة الإيضاح أقول:

إن الله تــبارك وتعــالى: قــد حرم الميتة فى غير حال الضرورة، أى فى الظروف الاختيارية بالنص وهو قوله تعالى ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ ﴾ [1] وبــناء على ذلك لو ترك المكلف الأكــل من الميتة فى الظروف العادية، لأمر وسبب خارج عن النهى الوارد من الشارع بتركها، بأن كانت نفس المكلف تعاف الميتة مثلاً بطبعها، أو تركها لاستقذارها، فلا ثواب للمكلف فى هــذه الحالة على الترك . لكن إذا كان الترك بقصد امتثال الله ﷻ فى النهى الوارد، كان المكلف مثاباً على هذا الترك وهكذا الحــال والشأن : إذا ترك المكلف كل المحرمات المنهى عنها، امتــثالاً للــنهى الوارد عن المشرع الإسلامي، أثيب على هذا الترك . وأما إذا كان الترك يتعلق بطبيعة المكلف ، كاستقذاره لهذا الشئ بدون نظر إلى طلب الترك الناهى عن فعله كان ذلك أمراً عادياً ، لا ثواب له عليه.

وكذلك الحال فى من التقط لقطة بقصد أخذها أى ينوى تملكهــا، لنفسه، كان غاصباً ، ومن التقطها بنية وقصد حفظها، وتعريفها وردها لصاحبها، متى ظهر كان أميناً.

والمكلف: هو الملزم بما فيه مشقة، لغة.

---

(١) من الآية رقم (٣) من سورة المائدة .

وشرعاً: هو: المخاطب بأمر ونهى[١].

واللقطة: لغة: هو الشئ الذى تجده ملقى، فتأخذه.

وشـــرعاً: هو ما وجد من حق محترم، غير محرز، لا يعرف الواحـــد مســـتحقه[٢] وكمـــا أن الفعل يتكيف حكمه، فى أحكام الدنـــيا، بـــناء على قصد فاعله، فكذلك يترتب عليه من جزاء الآخـــرة بالـــثواب والعقـــاب حســـب قصده . وأعمال المكلف وتصـــرفاته تختلف نتائجها باختلاف مقصود المكلف وغايته ، وهـــذه القـــاعدة علـــى وجازتها، ذات معنى عام يشمل كل ما يصدر عن المكلف من قول أو فعل أو اعتقاد[٣].

(ب) أصل القاعدة:

الأصل فى اللغة:جمع أصول،والأصل:أساس الشئ الذى يقوم عليه.

واصطلاحاً: الراجح، والظاهر والمستصحب، والدليل، والتعبد، والغالـــب والمحـــرج[٤] ولـــيس المراد بالأصل هنا هو المعنى اللغـــوى الـــذى ســـبق بيانه، وإنما المراد بالأصل هنا هو أحد معانيه الاصطلاحية، وهو الدليل وهذه القاعدة تستمد دليلها من قوله ﷺ فى الحديث المشهور عن عمر بن الخطاب ﷺ ، قال: قال رسول الله ﷺ [إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما

---

(١) القاموس الفقهى لغة واصطلاحا لسعدى أبو حبيب ص٣٢٣ .

(٢) القاموس الفقهى ص٣٣٢ ط دار الفكر.

(٣) توضـــيح الأحكام من بلوغ المرام لعبد الله بن عبد الرحمن البسام جـــ١ ص٥٩-٦٠ ط دار القبلة للثقافة الإسلامية بجده وهيئة الإغاثة الإسلامية بجده ط أولى سنة١٤١٣هـــ،١٩٩٢م.

(٤) القاموس الفقهى ص٢٠ ط شائعة.

نوى الحديث] (١).

وعـند البيهقى من حديث أنس [لا عمل لمن لا نية له] وفى رواية [نية المرء خير من عمله] وفى رواية سعد بن أبى وقـاص ﷺ [إنك لن تنفق نفقة تبتغى بها وجه الله إلا أجرت فيها حتى ما تجعل فى فم امرأتك] وهذه الزوايات تدل على أن تصـرفات المكلفيـن لا يعتد بها شرعاً إلا بالنية ، فإذا صحت النـية كان العمل صحيحاً ، وإذا فسدت النية كان العمل فاسداً، وهـذا عـند فقهـاء الشافعية، ومن وافقهم. وأما فقهاء الحنفية فيقولون: إن كمال الأعمال بالنيات ، ومن ثم فلابد فى الحديث من إضمار، وهو ما يسميه علماء اللغة دلالة الاقتضاء، كما فى قوله تعالى:﴿ وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ ﴾ (٢). أى أهل القرية، ودلالة الاقتضاء: هـى إضـمار مـا يصح به الكلام أوهو عبارة عن جعل غير المنطوق منطوقاً لتصحيح المنطوق.

مثاله قوله تعالى [فتحرير رقبة] (٣) وهو مقتص شرعاً لكونها مملوكـة إذ لا عـتق فيما لا يملكه ابن آدم فيزاد عليه، ليكون تقديـر الكـلام: فتحرير رقبة مملوكة(٤) والتقدير أن أعمال الناس صـحيحة بالنـية عند الشافعى، خلافاً للحنفية: فإن الأعمال كاملة بالنية.

---

(١) سنن النسائى جـ٢ ص١٠١ ، الأشباه للسيوطى ص٩ .

(٢) من الآية رقم (٨٢) من سورة يوسف.

(٣) من الآية (٩٢) من سورة النساء.

(٤) القاموس الفقهى ص٣٠٦ .

المطلب الثانى

فى تعريف النية ، وحكمها، وما يتعلق بها

****

(أ) مفهوم النية لغة واصطلاحاً:

(١) تعريف النية لغة:

النية: بالتشديد، وقد تخفف، لغة: عزم القلب على الشئ[١].

(٢) تعريفها اصطلاحاً: النية فى الاصطلاح: هى:قصد الطاعة، والتقرب إلى الله تعالى ، في إيجاد فعل . أو هى: توجه القلب نحو إيجاد فعل أو تركه، موافق لغرض جلب نفع، أو دفع ضرر، حالاً أو مآلاً، والمراد من العزم: إرادة الفعل[٢] أو هى العزم على فعل الشئ تقرباً إلى الله تعالى، أو هى: قصد الشئ مقترناً بفعله، فإن تراخى عنه سمى عزماً، ومحلها القلب[٣] ويقال: نويت نية أى عزمت، وأصلها نوْية على وزن فِعْلة، اجتمعت الواو والياء، فى كلمة واحدة، وسبقت إحداهما بالسكون، فقلبت الواو ياء،وأدغمت الياء فى الياء فصارت نية: [٤] والنية: بمعناها الاصطلاحى: هى قصد الطاعة والتقرب إلى

---

(١) لسان العرب لابن منظور جـ٦ ص٤٥٨٨ ط سابقة.

(٢) غمز عيون البصائر ، شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم جـ١ ص٥١ ط دار الكتب العلمية.

(٣) القاموس الفقهى ص٣٦٤ ط دار الفكر.

(٤) لسان العرب مادة نوى.

الله تعـالى، بإيجـاد فعـل أو الامتناع عنه – كما سبق بيانه، وتدخل فى معظم أبواب الفقه، إن لم تكن فيه كله.

(ب) اندراج قاعدة " لا ثواب إلا بالنية" فيها:

جعـل ابن نجيم الحنفى قاعدة " لا ثواب إلا بالنية" قاعدة أولى مـن القواعد الكبرى المستقلة، فى الأعمال الآخروية . لكن فى الواقـع قاعدة " لا ثواب إلا بالنية" تدخل وتندرج تحت وضمن قاعدة " الأمور بمقاصدها" ومن ثم فتختص قاعدة " لا ثواب إلا بالنـية" بالجانب الأخروى من قاعدة " الأمور بمقاصدها" ذلك، لأن الأمور أعم من كونها دنيوية أو أخروية، ومقاصد الأعمال أعم كذلك من كونها يرجى ثوابها، أو لا يرجى.

وعلـى هـذا، فإن القاعدة على الرغم من قلة كلماتها ، ووجـازة لفظهـا، ذات معنى عام متسع يشمل ، كل ما يصدر عـن الإنسان من قول أو فعل . فلفظ الأمور، عام بدليل دخول أل الجنسـية عليه، فهو من ألفاظ العموم، ولفظ مقاصدها كذلك عام لإضافته إلى ضمير لفظ عام(١).

(جـ) حكم النية:

المـراد بحكـم النـية هو: هل النية شرط، أو ركن فى العـبادات كلهـا؟ أم هى: شرط أو ركن فى بعض العبادات ، وشرط فى غيرها وقد اختلف الفقهاء فى ذلك، وليس هنا مجال

---

(١) الوجيز فى إيضاح القواعد الفقهية ص٤٧-٤٨ .

تفصـيلها، لكـن هـنا يكفى أن نعلم أن النية عبادة مشروعة، وركنها الأعظم، إخلاصها لله سبحانه وتعالى، قال تعالى: ﴿ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ ﴾ [1].

ونعلم أيضاً أن النية محلها القلب بالإجماع لأن النية من عمل القلب.

(د) ثمرة النية:

وقيمة النية وثمرتها تظهر فيما يلي:

(١) **بالنـية تتميز العبادات**، عن العادات، فمثلاً، الإمساك عن المفطـرات، قد يكون ابتغاء الثواب، وقد يكون تداوياً، أو لعدم الحاجـة أو على سبيل الرياضة للنفس . وكذلك أيضاً الجلوس فـى المسـجد، قد يكون للاستراحة أو الاعتكاف، والغسل أو الوضوء قد يكون للتنظيف أو التبرد أو العبادة . ودفع المال قد يكون هبة أو صدقة، أو لأمر دنيوى كحب المحمدة والثناء، وقد يكـون قـربة كالـزكاة أو لكفـارة أو نحوهما، وذبح الحيوان المـأكول اللحم قد يكون للأكل، أو للأضحية ، فإذا كان الذبح للأكـل كان مباحاً أو مندوباً، وإذا كان للأضحية يكون عبادة، والنية: هى التى تميز هذا عن ذاك.

(٢) وبالنـية تتميز رتب ودرجات العبادات بعضها عن بعض، فالتقرب إلى الله تعالى قد يكون بالفرض، أو النفل، أو الواجب،

(١) من الآية رقم (٥) من سورة البينة .

والتى تميز هذا عن ذاك إنما هى النية، لذا فهى مشروعة لذلك[1] فالصلاة ، والصوم ، والغسل، والوضوء، قد يكون فرضاً أو نذراً أو نفلاً، وصورة الأداء، والفعل، لهذه الأمور واحدة، فشرعت النية لتمييز رتب ودرجات العبادات بعضها عن بعض . ومن ثم، فإن كل عبادة اشتبهت بغيرها من العادات، كفى فى نيتها ما يميزها عن العادة فقط. وكل عبادة اشتبهت بغيرها من العبادات ، كالظهر مثلاً، يشاركها فى صورتها بقية الصلوات الخمس وباقى السنن فلابد من نيتها مع ملاحظة ما يميزها عن باقى الصلوات، وما يميزها عن السنن فينوى الظهر فرضاً، لأن نية الظهر تميزها عن باقى الفروض، ونية الفرض تميزها عن السنن، ونية الأداء تميزها عن نية القضاء،وهذا هو معنى قول السادة الفقهاء : **يجب أن يكون المنوى معلوماً.**

لكن متى يشترط تعيين النية؟

العبادة بالنسبة لاشتراط تعيين النية فيها تتنوع إلى نوعين بيانهما كالتالى:

الأول: الواجب الموسع:

يشترط تعيين النية فى العبادة التى يكون الوقت الذى تؤدى فيه، يتسع لها ولغيرها من جنسها، كالصلاة، وهو ما

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٩ .

يسميه علماء الأصول بالواجب الموسع . فهذا النوع من العبادة يلــزم فــيه، تعيين النية بلا خلاف بين الأئمة، فمن أراد صلاة فيجب أن يعين ما يريد أداءه، إن كان فرضاً، أو نفلاً، أداء أو قضاء، ظهراً ، أو عصراً.

الثانى: الواجب المضيق:

وأما ما يكون من العبادات، وقته المحدد لأدائه على قدر الفعـل لا يــزيد عــنه، ولا ينقص كالصوم فى رمضان، فإن الإيجاب المتعلق به يسمى بالواجب المضيق، لأن وقت العبادة لا يســع غــيرها من جنسها، وهذا أيضاً ما يطلق عليه علماء الأصــول بالواجب المضيق . وفى تعيين النية فى العبادة بهذا الشــكل، اخــتلف الفقهاء فى ذلك، حيث قال فقهاء الحنفية: إن تعييــن النية ليس بشرط، بل يجوز الصيام بمطلق النية، وبنية واجــب آخر، وبنية النفل، لأن التعيين فى المتعين لغو[1] وعند فقهاء الحنابلة فى التعيين خلاف. وعند الشافعية يشترط التعيين ، لتميــيز رمضان من القضاء والنذر، والكفارة، والفدية، وإن كان ما صامه فى رمضان لا يقع عن غيره[2].

ويتضــح ممــا سبق، أن النية قصد مشترك بين العبادة وغــيرها، أى أن القصــد موجود فى كل منهما، ويكفى قصد العبادة فقط إذا كانت لا تشتبه بغيرها من العبادات فتتميز بالنية

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٠ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكى جــ١ ص٥٤ .

عن العادة، أما إذا كانت تشتبه بغيرها من العبادات فيزاد شرط تعيينها ، كالصلاة، إذ الواجب فيها متعدد وكذا يزاد شرط الفرضية للاحتراز عن التعلية . ومتى تعين المقصود لم يشترط وراء ذلك شرط آخر، فصوم رمضان إن كان فى الوقت يكفى فيه صوم الغد لأنه متعين فى ذاته، فلا يحتاج إلى تعيينه، وأما إذا كان خارج الوقت فيشترط قصد القضاء عن رمضان، لأن الزمن لا يعينه . ومما لا يشترط فيه التعيين:

١- الطهارات ٢- الحج ٣- العمرة

٤- الزكاة ٥- الكفارات . والعلة فى ذلك أنه لو عين غيرها، انصرف إليها[١].

(هـ) ما لا يشترط فيها النية:

(١) العبادة الخالصة:

العبادة التى لا تلتبس بغيرها من العبادات ولا يكون مثلها عادة لا تحتاج إلى نية لأنها عبادة خالصة، فلا يشترط فيها النية، وذلك كالإيمان بالله تعالى، ومعرفته، والخوف منه، والرجاء فيه، وقراءة القرآن، والأذكار لأنها متميزة بصورتها، إلا إذا كانت القراءة منذورة، فتشترط النية لتمييز الفرض عن غيره . ونحن نعلم، أن النية مشروعة لتمييز العبادات عن العادات، والعبادات بعضها عن بعض.

---

(١) قواعد الفقه الإسلامي لعبد العزيز عزام ص٨٢ .

(٢) المحظورات:

يخرج المكلف عن عهدة المحظورات والمنهيات بمجرد تـــركها، وإن لم يشعر بها، فضلاً عن القصد إلى ذلك الترك، لكـــن إذا ترك المحظورات كالزنا والخمر والسرقة ونحو ذلك وهو يقصد امتثال نهى الشارع يكون مثاباً.

(٣) المباحات:

المـــباحات لا تحتاج إلى نية، وإن كان يمكن أن تصبح عبادة، إذا نوى بها التقوى على الطاعة لله، كالأكل، والشرب، والـــنوم، والاكتســـاب، والـــنكاح إذا قصد به إقامة السنة، أو الاعفـــاف، أو تحصيل الولد الصالح، وتكثير الأمة، فإن قصد ذلك كان المباح عبادة يثاب عليها فاعلها وإلى هذا يشير حديث [إنمـــا الأعمـــال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى] ومن ثم، فـــيكون استحضار النية عند المباحات، والمنهيات ، والعادات شرط ليثاب عليها ثواب العبادات[١].

(و) حكم انفراد النية أو الفعل:

(أ) حكم انفراد النية

إذا انفردت النية، بحيث لا تقترن بفعل ظاهر، لا يترتب علـــيها أحكام شرعية، ومن ثم فلابد أن تقترن النية بفعل ظاهر حـــتى تترتب عليها أحكام شرعية، فعلى سبيل المثال: لو طلق

---

(١) نهاية الأحكام ص١٢ للحسيني.

الــرجل زوجته في نيته -قلبه- أو باع داره أو مزرعته بقلبه أيضاً، ولم ينطق بلسانه لا يترتب على ذلك الفعل الباطني حكم شرعي لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالظاهر ، وكذلك الحكم لو نــوى أن يقف وقفاً، أو نوى أن يغصب شيئاً، ولم يصدر منه فعــل، لا يترتب على نيته حكم شرعي أيضاً، لأن النية وحدها بدون اقترانها، بفعل ظاهر، لا يترتب عليها حكم شرعي.

(ب) حكم انفراد الفعل:

إذا انفــردت الأفعــال عن النية، فهنا يفرق بين أمرين: بيانهما كالتالي:

الأول: الألفــاظ صــريحة: فإذا كانت الألفاظ صريحة فهي لا تحــتاج إلى نية، ويكفي حصول الفعل لكن يترتب الحكم عليه، لأن الألفــاظ الصــريحة لا تحــتاج إلى نية، لاشتمال الألفاظ الصــريحة إلـــى النية، مثال ذلك، قال شخص لآخر بعتك هذا الشئ، أو أوصيت لك به، أو أقر بشئ، أو وكل، أو أودع ، أو قذف أو سرق، فكل هذه الأمور لا تتوقف على النية، بل مجرد فعلها يكفي لكي يترتب الحكم الشرعي عليها.

الثاني: الألفاظ غير صريحة:

أمــا إذا كانت الألفاظ غير صريحة، فيختلف حكم اللفظ الواحــد باخــتلاف مقصــد الفاعل، كالبيع أو الشراء فإنه إذا اســتعمل بصــيغة المضارع، كقول البائع أو المشتري " أبيع وأشــترى" إذا قصــد بــه الحال ينعقد به البيع، وإذا قصد به

الاستقبال لا ينعقد، وعلى هذا يختلف الحكم باختلاف قصد الفاعل، إذ غير الصريح لا يعطى حكمه إلا بالقصد، فلا ينفصل الفعل عن النية فيه.

استثناءات:

هناك بعض الأفعال، والتصرفات، تصدر من المكلف ويكون مسؤولاً عنها ويتحمل تبعة ومسئولية هذه التصرفات ولو لم ينو إيقاع هذه الأشياء ، ومثالها ما يلى:

(١) لو أخذ شخص مال آخر، على سبيل المزاح وبدون إذن صاحبه ، ففى هذه الحالة فمجرد وقوع الآخذ يكون الأخذ غاصباً، ويترتب على الغصب أحكامه، ولا ينظر إلى نيته من كونه لا يقصد الغصب، بل يقصد المزاح.

(٢) لو أقدم شخص على عمل غير مأذون فيه، فإنه يضمن الخسارة الناشئة عن عمله ولو حصلت من إرادة منه، كما لو أخذ نقوداً من سكران ليحفظها له فضاعت فهو ضامن[١].

(٣) ومن ضبط فى منزل غيره، من غير إذن صاحبه، وبدون عذر واضح مقبول وهو يحمل متاعاً معه منه، أو مالاً، اعتبر سارقاً، ولو ادعى أنه كان لا يقصد السرقة، أو أنه

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الأول ص١٧-١٨ تأليف: على حيدر، تعريب فهمى الحسينى.

أراد حمايـــة المـــال فى مكان أمين، لأنه علم، أو ظن أن المال سيتلف، لأن حريقاً سيشب فى المنزل بعد قليل.

(٤) وكذلك الألفاظ التى يترتب على أدائها صريحة عقوبة ما، كالســب والقــذف، فإن الشخص إذا صدرت منه مثل هذه الألفاظ عوقب عليها ولا ينظر إلى ما يدعيه بأنه لم يقصد الإيذاء . ومن هنا ندرك أن بناء الأحكام يكون على حقائق الأشــياء، وهى الألفاظ حتى تكون الأحكام، والقواعد ثابتة ومستقرة، ومنضبطة تماماً، ومعروفة للجميع.

المطلب الثالث

فى شروط النية

****

الشرط لغة: ما يوضع ليلتزم فى بيع أو نحوه، وجمعه شروط.
واصطلاحاً: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ، وهو خارج عن ماهية الشيئ[1] وسبق تعريف النية لغة، واصطلاحاً ، مما يعنى عن إعادة تعريفها هنا.
النية : عبادة مشروعة ، ولابد لها من شروط لا تصح إلا بها ، ولا يعـتد بالنية إذا فقد شرط واحد منها، وهى إجمالاً أربعة شروط: الإسلام ، والتمييز، والعلم بالمنوى، وعدم المنافى بين النية والمنوى. وبيان ذلك فيما يلى:

الأول: الإسلام:

يشــترط فى الناوى أن يكون مسلماً ، لأن النية عبادة ، ونية العبادة لا تصح من الكافر، لأن العبادة لا تصح منه، لأنه فقد شرط صحة قبول العبادة ، وهو الإيمان بالله تعالى[2].

الثانى: التمييز

ومعنى التمييز : **هو القوة التى فى الدماغ، وبها تستنبط المعــانى ، ومــن ثــم ، فــلا تصح عبادة صبى لا يميز، ولا**

---

(١) القاموس الفقهى ص١٩٢.

(٢) الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية ص٥٢-٥٣.

مجنون. والطفل المميز: هو الطفل الذى أصبح له بصر عقلى يستطيع به الفصل بين الحسن والقبيح من الأمور ، ويعرف به الفرق بين الخير والشر، والنفع والضر، وحد بلوغه سبع سنين [١].

ثالثاً : العلم بالمنوى:

والمعنى أن يعلم المكلف حكم ما نواه، إن كان فرضاً ، أو نفــلاً ، عــبادة أو غيرها ، فمن جهل فرضية الصلاة ، أو الوضوء ، لم يصح منه فعلهما لكن الذى لا يميز الفرائض من السنن تصح عبادته بشرط أن لا يقصد التنفل بما هو مفروض. ومن ثم لو قال الزوج لزوجته: طلقتك مثل ما طلق فلان، وهو لا يدرى كم طلق فلان.

أو قــال : بعتك مثل ما باع فلان، وهو لا يعلم بكم باع فلان ، لا يصح الطلاق ، أو البيع ، لعدم العلم[٢].

رابعاً: أن لا يأتى بمناف بين النية والمنوى.

والمراد بالمنافى ، العمل الخارج عن المنوى، وليس من النية ، كمن ارتد بعد نية العبادة.

فمــن ارتد بطلت عبادته. ومن المنافى نية قطع الإيمان فمــن نــوى قطــع الإيمان والعياذ بالله تعالى صار مرتداً فى

(١) الأشباه للسيوطى ص٣٦.

(٢) الأشباه للسيوطى ص٣٦، وابن نجيم ص٥٠.

الحال. ويتفرع على ذلك فروع منها ما يلى:-

(١) ومـــن نـــوى قطـــع الصلاة ، بطلت عند الشافعية لأنها شبيهة بالإيمان ، ولم تبطل عند الحنفية.

(٢) ومـــن نـــوى قطع الصلاة بعد الفراغ منها لم تبطل عند الجميع .

(٣) ومـــن نوى الأكل، أو الجماع فى الصوم ، أو نوى فعل مناف الصلاة، كالأكل، والفعل الكثير لم يضره ذلك ما لم يفعل[1].

(٤) ومن نوى قطع الجماعة ، بطلت.

(٥) من نوى الإتمام أثناء الصلاة ، امتنع عليه القصر.

(٦) لو نوى المكلف مع العبادة ما ليس بعبادة ، فإنه يبطلها، مثل أن يذبح الأضحية لله، ولغيره ، فانضمام غيره يوجب حرمة الذبيحة[2].

(٧) وإذا كانت البدنة تجزى عن سبعة، فإن كان الكل مريداً للقـــربة وإن اختلفـــت جهاتها من أضحية وقران، ومتعة ، صـــحت وأجزأت ، وأما إن كان أحدهم مريداً لحماً لأهله، أو كـــان نصرانياً لم تجزئ عن واحد منهم، لأنه إذا لم يقع البعض قربة خرج الكل من أن يكون قربة، لأن الإراقة لا

---

(١) قواعد الأحكام لابن عبدالسلام حـــ١ ص٢١٥.

(٢) الأشباه للسيوطى ص٢٣.

تتجزأ[١].

فعلـــى هـــذا لو ذبح أضحية لله تعالى ولغيره لا تجزئه بالأولى ، وينبغى أن تحرم.

وعند الشافعية تجزئ البدنة عن سبعة أشخاص، سواء فى ذلك اتفق المشتركون بالبدنة فى نوع القربة، أو اختلفوا فيه، كمـــا إذا قصـــد بعضهم الأضحية ، وبعضهم الهدى وبعضهم العقـــيقة، وكذلـــك لو أراد بعضهم الأكل ، وبعضهم البيع، ولو كـــان أحدهم ذمياً لم يقدح فيما قصده غيره من أضحية ونحوها ولهم قسمة اللحم، لأنها قسمة إفراز على الأصح ، وللجزار بيع حصته بعد ذلك[٢].

وأمـــا الشـــخص الذى يصاحب الجيش بقصد التجارة، قالوا: إنه لا سهم له، لأنه عند المجاوزة لم يقصد إلا التجارة ، لإعـــزاز الديـــن، وإرهاب العدو، فإن قاتل استحق لأنه ظهر بالمقاتلة أنه قد قصد القتال والتجارة تبع فلا تضر.

محل النية:

(ا) محلها فى الصلاة:

الأصـــل أن وقـــت إيقاع النية يكون أول العبادات ولو حكمـــا، ففى الصلاة لو نوى قبل الشروع عند الوضوء ، أو لو

---

(١) الأشباه لابن نجيم ص٣٩.

(٢) محاضرات فى الفقه الشافعى ص٩٤.

توضـــأ فى منزله ليصلى الظهر ثم حضر المسجد، فافتتح بتلك النـــية ولم يشتغل بعمل آخر يكفيه ذلك، لأن النية المتقدمة باقية إلـــى وقـــت الشـــروع حكمـــاً ، كما فى الصوم إذا لم يبدلها بغيرها[١]. وهذا عند فقهاء الحنفية والحنابلة، والآمدى من فقهاء الشافعية ، وأجاز فقهاء المالكية فى الصحيح عندهم تقديم النية علـــى الطهارة بزمن يسير[٢] وأوجب الأخرون فى الطهارة ، وفـــى الصـــلاة مقارنـــة النية لتكبيرة الإحرام ، بحيث لا تتقدم عليها، ولا تتأخر عنها.

(٢) محلها فى الزكاة:

وأما الزكاة ، فعند جمهور أهل العلم، يجوز تقديمها على الدفـــع عند العزل تيسيراً ، أو عندما يوكل رب المال غيره فى دفـــع الـــزكاة ، بيـــنما قـــال: فقهاء الحنفية، والشافعية ، يجب مقارنـــتها حـــال الدفع إلى الإمام ، أو إلى المستحقين لها، ولا يجوز تقديمها. والأول الراجح[٣].

وأما صدقة الفطر ، فكالزكاة نية ومصرفاً.

(٣) محلها فى الصوم:

وأما الصوم، فعند فقهاء الشافعية، والحنابلة، يجب تقديم النية من الليل فى الصوم الواجب، فلو نوى مع الفجر لم يصح

---

(١) الأشباه لابن نجيم ص٤٢.

(٢) مقاصد المكلفين ص١٥٩، قوانين الأحكام الشرعية ص٣٥.

(٣) الأشباة للسيوطى ص٢٤، ابن نجيم ص٤٣-٤٤ ، مقاصد المكلفين ص١٦٩.

في الأصح.

وأمـــا عـــند فقهـــاء الحنفية يجوز تقديم النية من الليل ومقارنتها للعجز ، وتأخيرها عند الشروع ، على ما قبل نصف النهار تيسيراً على الصائمين في صوم رمضان ، وفي النفل.

وأمـــا عند فقهاء المالكية ، فيجب تقديم النية عن الفجر في كل صوم واجب أو نفل[1] وكذلك عند فقهاء الشافعية، يلزم تقديم النية في الصوم الواجب ، وأما القضاء، والنذر، والكفارة فلا يجوز فيها تأخير النية عند الجميع.

(د) محلها في الحج:

وأمـــا الحـــج، فالنية فيه سابقة على الأداء عن الإحرام، عند الجميع[2].

(و) محلها في الأضحية:

يجوز تقديم نية الأضحية على الذبح، ولا يجب اقترانها بـــه ، فـــي الأصح ، كما تجوز النية عند الدفع إلى الوكيل في الأصح.

(١) قوانين الأحكام الشرعية ص١٣٥.

(٢) الأشباه لابن نجيم ص٤٤، السيوطي ص٢٤.

المطلب الرابع

في "الأصل في قاعدة : الأمور بمقاصدها" "والفوائد التي تستنبط من الحديث"

****

الأصـــل الـــذي يدل على هذه القاعدة هذا الحديث الذي أخرجه الأئمة الستة وغيرهم من حديث سيدنا عمر بن الخطاب -ﷺ- ، وهـــو قولـــه علـــيه الصلاة والسلام : " إنما الأعمال بالنيات" وفيه ما يلي:

(١) إن هذا الحديث من باب المقتضَى -- بفتح الضاد- أي من قبيل الدلالة فيه باقتضاء النص لا بعبارته والمقتضَى – بفتح الضاد أيضاً- هو اللازم المتقدم الذي اقتضى النص تقديره ، لـــتوقف صدق المنطوق عليه، وصحته شرعاً أو عقلاً ،كما هو مذهب المتقدمين.

(٢) أو إن هـــذا الحديـــث مـــن بـــاب المضمر، بناءً على أن المقتضَـــى عـــند المتأخرين كشمس الأئمة، ما يتوقف عليه المـــنطوق شـــرعاً فقط، والمتوقف عليه هنا إنما هو صدق المتكلم لا الصحة الشرعية فيكون مضمراً لا مقتضى.

(٣) الفرق بينهما:

الفرق هنا بين المضمر والمقتضى من وجهين:

الأول: أن المقتضى ثابت شرعاً، والمضمر ثابت لغة.

الـــثانى: المقتضـــى لا عمـــوم له عندنا معشر فقهاء الحنفية، والمضمر له عموم بالإجماع ما عدا صدر الإسلام.

(٤) علة عدم العموم فى الحديث:

عدم العموم فى الحديث ليس لأجل إنه من قبيل المقتضى ، بل لأن المضـــمر وإن جـــاز عمومه لكن الأعمال لما أضيفت إلى غير محلها وهو النية لتحقق الأعمال بغيرها كثيراً، فاحتيج إلى إضـــمار محـــل يحـــتمل النية، وما أضمر هنا هو الحكم فإنه المناسب لما ذكرنا والمضمر – وهو الحكم– يحتمل **أمرين:**–

الأول: الحكم الدنيوى– وهو الحكم بالصحة والفساد.

الـــثانى: الحكـــم الأخروى– وهو الحكم بالثواب والعقاب. فلما كان المضمر محتملاً لهما لم يكن اطلاقه دالاً على أحدهما على التعييـــن فكان مشتركاً ، والمشترك لا عموم له عندنا بل حكم المشـــترك الـــتوقف حتى يقوم الدليل على أنه المراد ، لكن قام الدلـــيل هـــنا على أن المراد بالحكم هنا، هو الحكم الأخروى ، وهو الإجماع على أن لا ثواب ولا عقاب إلا بالنية.

والجـــار والمجـــرور متعلق بالفعل الذى بعده وقدم عليه لإفادة الحصر[١].

(٥) معنى الحصر فيه:

"**إنما**" فى الحديث معناها الحصر، وهى تفيد إثبات الحكم

---

(١) غمز عيون البصائر حـــ١ ص٥٢-٥٣ ط سابقة.

للمذكــور وتنفى ما سواه أى نفى ما سوى الحكم عنه، أو نفى الحكــم عمـــا ســواه ، وهذا عند جمهور الأصوليين، وعلماء المعـــانى. خلافـــاً لجمهــور النحويين فإنها عندهم تفيد التأكيد والـــتقوية فقــط أى تقويـــة الحكم الواقع بعدها وهو هنا صحة الأعمـــال الشرعية أو كمالها بالنيات ومثال نفى ما سوى الحكم عـــن المذكـــور : إنمـــا زيد قائم. ومثال نفى الحكم عما سوى المذكور إنما قائم زيد أى لا عمر. وأستدل على ذلك **بوجهين:**

الأول: أنها وردت فى كلامهم للحصر غالباً والأصل الحقيقة.

الثانى: أنها مركبة من إن الإثباتية وما النافية. والحصر: قصر الموصـــوف علـــى الصفة، وربما قيل: قصر المسند إليه على المســـند. وعلى كل ، فالتركيب مفيد للحصر باتفاق المحققين، وإنمـــا اخـــتلف فى وجه الحصر فقيل: دلالة إنما على الحصر بالمنطوق أو المفهوم على الخلاف(١).

(٦) المراد بالأعمال فيه:

الأعمال: جمع عمل ، وهو حركة البدن ، فيشمل العمل القـــول ، والمـــراد بالأعمال ، فرضها ونفلها قليلها وكثيرها؛ والقـــول عمـــل من أعمال اللسان، وعبّر بالأعمال تحرزاً عن حـــركات الـــنفس ، فإنها، ليست مرادة هنا، والمراد هنا كذلك عمـــل الجوارح، فإن قيل : إن النية عمل وهى تحتاج إلى نية

---

(١) الفوائد الجنية وشرحها: حــ١ ص١٢ ط سابقة.

أى أن النية عمل القلب. فالجواب: أن المراد بالعمل فى الحديث عمل الجوارح نحو الوضوء ، والصلاة، وأما النية فهى خارجة عـــنه لكونها من أعمال القلب ودفعاً للتسلسل، ولأن العرف لا يطلـــق العـــامل علـــى الناوى. وآثر المصطفى -ﷺ- التعبير بالأعمال على الأفعال ، لأن العمل أخص من الفعل ، حيث إن الفعل ينسب على البهائم والجمادات كما ينسب لذوى العقول ، بخلاف العمل فإنه يعتبر فيه القصد(1).

(٧) ترك ظاهر الحديث:

الحديـــث مـــتروك الظاهر لأن الذوات غير منتفية، إذ تقديره لا عمل الإبنية مع أن ذوات الأعمال قد توجد بلا نية ، فالمراد حينئذ نفى أحكامها المتعلقة بوجودها كالصحة والكمال، ففقهـــاء الشـــافعية يحملونهـــا علـــى الصحة ، وفقهاء الحنفية يحملونها على الكمال(2).

وبهـــذا تظهـــر الحكمـــة فى قوله -ﷺ- [إنما الأعمال بالنيات] ولم يقل بالإرادات أو العنايات مثلاً ، لأنه ليس المراد مطلـــق الإرادة بل إرادة خاصة، وهى إرادة تتعلق بإمالة الفعل إلى بعض ما يصله، لا بنفس الفعل من حيث هو فعل. إذ فرق بيـــن قصد نفس فعل الصلاة وقصد غرضه من كونه قربة أو فرضـــاً ، أو أداء مـــثلاً ، والمتعلقة بأصل الكسب هى المسماة

---

(١) الفوائد الجنية جـــ١ ص١٣-١٤ ط سابقة.

(٢) المصدر السابق.

بالإرادة ، وبميل الفعل إلى بعض أغراضه هى النية[1].

(٨) موقع هذا الحديث :

قال أهل العلم: هذا الحديث ثلث العلم.

وقـــال أبـــو عبيد:ليس فى أخبار النبى-ﷺ-شيئ أجمع وأغـــنى وأكثر فائدة من هذا الحديث.ووجه البيهقى كونه ثلث العلـــم ، أن كسب العبد من حيث يقع بقلبه، ولسانه، وجوارحه فالنـــية أحـــد أقســـامه الـــثلاثة وأرجحها،لأنها قد تكون عبادة مســـتقلة،وغيرها يحتاج إليها،ومن ثم ورد"نية المؤمن خير من عمله".

(١) الفوائد الجنية المصدر السابقة : ؛ت١ ص١١٦ ط سابقة.

المبحث السابع

فى القواعد المندرجة تحت قاعدة

" الأمور بمقاصدها".

****

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

فى قاعدة العقود.

المطلب الثانى :

فى قاعدة "قواعد الأيمان"

المطلب الأول

فى قاعدة العقود

****

(أ) بيان الاختلاف:

اختلف الفقهاء فى صيغة هذه القاعدة تبعاً لاختلافهم فى الأحكام المترتبة عليها. وبيان الاختلاف ما يلى:-

أولاً: ذهب فقهاء الشافعية إلى القول: :أن صيغة القاعدة تقول: " هــل العبرة بصيغ "العقود أو بمعانيها"[1] بينما القاعدة تقول: عــند فقهـــاء الحنفية والمالكية : " العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى ، لا بالألفاظ والمبانى"[2].

وأما صيغتها عند الحنابلة تقول: "إذا وصل بألفاظ العقود مـــا يخـــرجها عن موضوعها، فهل يفسد العقد بذلك، أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه[3]؟

(ب) مفهوم القاعدة:

العـــبرة : معناها، الاعتداد ، والعقود : جمع عقد وهو ارتباط الإيجـــاب بالقـــبول، كعقد البيع، والإجارة ، والإعارة ، ونحو ذلـــك. واللفظ: هو الكلام الذى ينطق به الإنسان بقصد التعبير عـــن ضـــميره. والمقاصـــد: جمع مقصد: ومعناه نية المتكلم

---

(١) الأشباه للسيوطى ص١٦.

(٢) الأشباه لابن نجيم ص٢٠٧ ، مجلة الأحكام العدلية حـــ٣ ص٣٥.

(٣) قواعد ابن رجب القاعدة (٣٨).

ومـــراده. والمعانى: جمع معنى: وهو الصورة الذهنية التى دل عليها القول ، أو العقل.

وعلـــى هذا فمفهوم القاعدة لدى فقهاء الحنفية والمالكية: أنـــه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التى يستعملها العاقدان، حيـــن العقد بل على مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذى يلفظ به حيـــن العقد، لأن المقصود الحقيقى هو المعنى ، وليس اللفظ ، ولا الصيغة المستعملة ، وما الألفاظ إلا قوالب للمعانى أما إذا تعذر التأليف بين الألفاظ والمعانى، المقصودة ، فلا يجوز إلغاء الألفـــاظ. وبـــناءً على ذلك، ففقهاء الحنفية والمالكية، قد غلّبوا جانـــب المعـــنى قولاً واحداً ، إلا حين تعذر التوفيق بين اللفظ والمعـــنى. وأما فقهاء الشافعية والحنابلة فهل غلبوا: اللفظ ، أم المعنى فيه خلاف فى قاعدة العقود.

(حـ) فروع القاعدة:

(١) لـــو اشترى شخص من محل ما ، ساعة، وقال المشترى للـــبائع: خـــذ هذه الساعة أمانة عندك، حتى آتيك بالثمن ، فالساعة فى هذه الحالة تعتبر رهنا، وتأخذ حكم الرهن ولا تكون أمانة، لأن الأمانة يحق للمؤتمن استرجاعها، ويجب على الأمين إعادتها وليس ما نحن فيه كذلك ، بناءً على أن العبرة فى العقود للمعانى، وليست للألفاظ والمبانى.

والرهـــن: الحبس، وجمعه: رهون ورهان، وشرعاً: هو المال الـــذى يجعـــل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه أن تعذر استيفاؤه

ممن هو عليه[1].

والأمانـــة : لغـــة: هى ضد الخيانة ، وهى ترد بمعنى الدين، والعبادة ، والطاعة ، والثقة ، والفرائض.

وشرعاً: هى الشيئ الذى يوجد عند الأمين ، سواء كان أمانة بقصـــد الاســـتحفاظ ، كالوديعـــة ، أو كان أمانة ضمن عقد ، كالمـــأجور، والمستعار، أو دخل بطريق الأمانة فى يد شخص بـــدون عقـــد، ولا قصد، كما لو ألقت الريح فى دار أحد مال جـــاره، فحيث كان ذلك بدون عقد، فلا يكون وديعة ، بل أمانة فقط[2].

(٢) لـــو قـــال شخص لأخر : قد أحلتك بالدين الذى لك عندى على فلان بشرط أن تبقى ذمتى مشغولة حتى يدفع المحال عليه لـــك الدين، فالعقد فى هذه الحالة لا يكون عقد حوالة، بل عقد كفالـــة ، ولـــه حكمهـــا بناءً على أن العبرة فى العقود للمعانى وليست للألفاظ والمبانى.

والحوالة:اسم من أحال الغريم ، إذا دفعه عنه على غريم آخر.

وشـــرعاً: نقل الدين من ذمة إلى أخرى والمحال به: هو المال الـــذى أحيل. والمحال عليه: هو المنقول عليه الدين. والمحال له: هو الدائن.

والمحـــتال: هـــو المحـــال، والمحيل: هو الذى عليه الدين أو

---

(١) القاموس الفقهى ص١٥٤.

(٢) القاموس الفقهى ص٢٦.

المديون[1].

والكفالة: لغة: هى الضم.

وشــرعاً: هى: ضم ذمة الكفيل ؛ إلى ذمة الأصيل فى المطالبة مطلقاً : بنفس أو دين ، أو بعين[2].

والديــن : القــرض ذو الأجل، وجمعه : ديون ، وهو القرض وثمن المبيع، أو هو: كل ما ليس حاضراً[3].

والذمة: لغة: هى العهد ، والذات ، والنفس.

وشرعاً : هى وصف قائم بالإنسان، صالح للإلزام، والالتزام ، وهــو يــزول بالموت هذا وإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له، وعليه عند جميع الفقهاء[4].

(٣) وكــذا الكفالـــة إذا اشترط فيها عدم مطالبة الدائن المدين المكفول ، انقلبت حوالة، وأخذت أحكامها، لأنها تصبح فى معناها.

(٤) الهــبة إذا اشترط فيها الثواب أى دفع العوض ، كمن قال لآخــر: وهبتك هذا الشيئ بكذا، أو بشرط أن تعطينى كذا، أخذ العقد أحكام البيع، لأنه أصبح فى معناه رغم استعمال العاقد لفظ الهــبة، فــيرد الموهــوب بالعيب وكذلك يسترد الموهوب له

---

(١) القاموس الفقهى ص١٠٦.

(٢) القاموس الفقهى ص٣٢٢.

(٣) القاموس الفقهى ص١٣٣

(٤) القاموس الفقهى ص١٣٨.

العوض المدفوع إذا استحق الموهوب في يده ، وكذا سائر أحكام عقد البيع[1] وهذا هو مذهب فقهاء الحنفية، والمالكية، خلافاً لفقهاء الشافعية والحنابلة ففي صحة العقد خلاف، وبيانه: أن الأصح عند الشافعية ، كونه بيعاً اعتباراً بالمعنى.

وعند الحنابلة ثلاثة أقوال:

الأول: أنه بيع نظراً للمعنى.

الثاني: أنه عقد هبة صحيح، لأنه يصح شرط العوض في الهبة كما يصح شرط العوض في العارية.

الثالث: إنه عقد فاسد[2].

الهبة لغة: مصدر ، وهو الشيئ الموهوب ، وجمعه: هبات : وشرعاً تمليك العين بلا عوض ، ويقال لفاعله : واهب ، ولذلك المال: موهب ، ولمن قبله موهوب له، والاتهاب: بمعنى قبول الهبة[3].

والبيع لغة: مبادلة مال بمال ، ويكون منعقداً وغير منعقد.

وشرعاً: مبادلة المال المتقوم ، بالمال المتقوم تمليكاً وتملكاً[4].

(٥) ولو أعاره شيئاً ، وشرط عليه العوض، فهذا على وجهين:-

---

(١) درر الحكام، شرح مجلة الأحكام ، الكتاب الأول ص٣٥-٣٦.

(٢) قواعد ابن رجب حـ٢ ص٣٣١، القاعدة الثامنة والثلاثون .

(٣) القاموس الفقهي ص٣٩٠.

(٤) القاموس الفقهي ص٤٤.

الأول: يصـــح شـــرط العـــوض فى عقد العارية ويكون العقد فرضـــاً- أى يكون كناية عن القرض- وهذا إذا كان العوض مما يتلف ، كالأطعمة والأشربة ، فيملكه بالقبض ، وعلى آخذ العوض رد بدله[١] وإذا كان العوض مما لا يتلف ، فيكون عقد إجارة.

الـــثانى: أنه عقد عارية، لأنه يصح عند بعضهم شرط العوض فـــى العاريـــة ، كالهبة، ولا تفسد بذلك ، وفى قول: إنها تبطل كعقد عارية، ولا تكون عقداً آخر[٢].

العارية: ما تعطيه غيرك على أن يعيده إليك.

وشرعاً: هى المال الذى تملك منفعته لآخر مجاناً أى بلا بدل، ويسمى معاراً، أو مستعاراً[٣].

والإجـــارة لغـــة: اسم للأجرة . **واصطلاحاً:** تمليك منفعة رقبة بعوض[٤].

(٦) ولـــو قال شخص: خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك، أو الـــربح كله لى . ففى هذه الصورة، قال بعض الفقهاء: هى مضاربة فاسدة يستحق فيها أجر المثل، لكن قال صاحب المغنى : إنـــه لا يســـتحق شيئاً فى الصورة الثانية: وهى شرط الربح

---

(١) المرجع السابق ، ومطالب النهى حـــ٣ ص٧٢٣.

(٢) قواعد ابن رجب المرجع السابق.

(٣) القاموس الفقهى ص٢٦٧ .

(٤) القاموس الفقهى ص١٣ .

كله[1] للعامل، لأنه دخل على أن لا شئ له ورضى به.

وقال ابن قدامة: فى موضع آخر، إنه إبضاع صحيح فيراعى الحكم دون اللفظ، وعلى هذا يكون فى الصورة الأولى قرضاً[2].

المضاربة لغة: مصدر ضارب ، وشرعاً: عقد شركة فى الربح بمال من جانب رب المال، وعمل من جانب المضارب، ويقال لصاحب رأس المال: رب المال وللعامل : مضارب، وهى نوع من أنواع الشركة فى الربح[3] .

والقرض لغة: هو القطع ، وجمعه قروض ، وشرعاً: عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلى لآخر ليرد مثله[4].

والإبضاع: مصدر، من أبضع الشئ جعله بضاعة.

وشرعاً: إعطاء شخص آخر رأس مال على كون الربح تماماً عائداً له، فرأس المال: البضاعة، والمعطى: هو المبضع، والآخذ: المستبضع[5].

---

(1) القواعد لابن رجب المرجع السابق.

(2) القواعد لابن رجب المرجع السابق.

(3) القاموس الفقهى ص٢٢٢ .

(4) القاموس الفقهى ص٣٠٠ .

(5) القاموس الفقهى ص٣٧ .

(د) ما يستثنى من قاعدة العقود:

يستثنى من هذه القاعدة ما يلى:

(١) لـــو باع شخص لآخر شيئاً ، مع نفى الثمن للمبيع، مثل قـــول الـــبائع: بعتك هذا المال أو هذه الساعة بدون ثمن، فالبـــيع باطلاً عند فقهاء الحنفية ولا يعتبر العقد عقد هبة، وكذلـــك، لـــو قال شخص لآخر: أجرتك هذه الشقة بدون أجـــرة، فعقد الإجارة أيضاً باطل، والعلة فى البطلان: هو أن الثمن فى عقد البيع والأجرة فى عقد الإجارة من أركان العقـــد، ولا وجـــود للعقد مع فقد ركنه، وأما عند الشافعية والحـــنابلة، فـــإن العقد أيضاً ليس بيعاً، وفى انعقاده هبة: قولان: لتعارض اللفظ والمعنى.

والثمـــن: العوض الذى يؤخذ على التراضي فى، مقابلة البيع، عيناً كان أو سلعة، أو هو قيمة الشئ، أو هو: ما تراضى عليه المـــتعاقدان، والثمـــن المسمى، هو: الثمن الذى يسميه ويعينه العـــاقدان وقـــت البـــيع بالتراضى، وسواء كان مطابقاً لقيمته الحقيقـــية أو ناقصاً عنها، أو زائداً عليها والمثمن: مقابل الثمن أو الشئ الذى يباع بالثمن(١).

(٢) ولو قال شخص لآخر ، أسلمت إليك هذا الثوب فى هذا الفـــرس، فهذا التصرف ليس بعقد سلم قطعاً، وفى انعقاده

---

(١) القاموس الفقهى ص٥٢ .

بيعاً قولان: (١)

والسلم: السلف فى قول جميع أهل اللغة:

وشرعاً: اسم لعقد يوجب الملك فى الثمن عاجلاً، وفى المثمن آجــلاً، فالمبيع يسمى مسلماً فيه، والثمن رأس المال ، والبائع يسمى مسلماً إليه، والمشترى ورب السلم وهو: نوع من البيوع يعجــل فيه الثمن وتضبط السلعة بالوصف إلى أجل معلوم(٢) ومــن ثم فالصورة السابقة ليست بسلم، لأن الثمن فيها معجل، والمثمن معجل، بل هى مقايضة، لأنها مقابلة سلعة بسلعة(٣).

---

(١) درر الحكام ص٣٦ .

(٢) القاموس الفقهى ص١٨٢ .

(٣) الفوائد الجنية جـ٢ ص٣٧٧ .

المطلب الثاني

فى قواعد الأيمان

****

الأيمــان: جمــع يميــن: واليميــن: ضــد اليســار، للجهة والجارحـــة، وهى مؤنثة ، وترد بمعنى القوة، والدين، والملة، والبركة، والعهد، والقسم.

وشرعاً: عبارة عن عقد قوى به عزم الحالف على الفعل، أو الــترك ، ويشــمل التعلــيق أيضاً: وهو ربط حصول جملة بحصول مضمون جملة أخرى[1] وبعد ذكر التعريف بالأيمان سوف أذكر القواعد التى تتعلق بذلك، وذلك كما يلى:

القاعدة الأولى: هل النية تخصص اللفظ العام، أو تعمم اللفظ الخاص؟

(أ) تعريف العام والخاص:

(١) تعــريف العــام فــى اللغة: العام فى اللغة معناه، الشامل المــتعدد، ســواء كان لفظاً أو غيره، ومن هذا المعنى، عمهم المطر، أى شملهم ، ومطر عام أى شامل.

(٢) تعريف العام فى الاصطلاح:

العــام: هــو اللفظ المستغرق لما يصلح له من غير حصر[2]

---

(١) القاموس الفقهى ص٣٩٥ ، مختار الصحاح للرازى ص٤٤٧-٤٧٥ .

(٢) أصول الفقه لزهير جـ٢ ص١٩٢ .

كلفظ الرجال.

(٣) تعريف الخاص فى اللغة:

وأما الخاص، أو التخصيص فى اللغة: فهو تفرد بعض الشىء بما لا يشاركه فيه فى الجملة، وهو خلاف العموم . يقال: تخصيص فلان فى علم كذا ، قصر عليه بحثه وجهده والخصوص: نقيض العموم، ويستعمل بمعنى لا سيما تقول: يعجبنى فلان خصوصاً علمه وأدبه أى لا سيما.

(٤) تعريف الخاص فى الاصطلاح:

وأما الخاص: فهو قصر العام على بعض أفراده ، أى أن العام أريد به ابتداء بعض الأفراد[1] مثل قوله تعالى:﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ [2] فهو عام فى الحوامل، وغير الحوامل ولكن خصص ذلك بقوله تعالى﴿ وَأُولاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [3] فإنه يقتضى أن يكون عدة الحامل مطلقاً ، هو وضع حملها مطلقة، أو متوفى عنها زوجها.

ثم تباينت آراء الفقهاء فى هل النية تخصص اللفظ العام أو تعمم اللفظ الخاص، وكان اختلافهم على النحو التالى:

الرأى الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول: بان اللفظ العام

---

(١) أصول الفقه لزهير حـ٢ ص٢٣٢.

(٢) الآية رقم (٢٢٨) من سورة البقرة.

(٣) الآية رقم (٤) من سورة الطلاق .

يخصص بالنية، إلا أن فقهاء الحنفية يعتبرونه ديانة لا قضاء[1].

الرأى الثانى: وأما تعميم الخاص بالنية ، فأجازه فقهاء الحنابلة[2]، والمالكية[3]، والحنفية[4] والشافعية[5].

(ب) فروع القاعدة :

(١) حلف أن لا يكلم أحداً، ثم قال: نويت زيداً فالحكم فى هذه الحالة، أنه لا يحنث ، لو كلم غير زيد، ذلك لأن لفظ " أحدا" نكره فى سياق النفى، فهى عامة تشمل كل أحد. ولكن حينما قال: نويت زيداً فقط ، أعملت نيته، فخص عدم التكلم به ، وجاز له أن يكلم غير زيد ولا يحنث.

(٢) قال: كل امرأة أتزوجها فهى طالق. ثم قال: نويت من بلدة كذا، أو محلة كذا ، صح له فى هذه الحالة أن يتزوج امرأة من غير البلدة التى عين ، أو المحلة التى

---

(١) الأشباه لابن نجيم ص٥٣، قوانين الأحكام الشرعية ص١٨٢ ص١٨٣، الأشباه والنظائر للسيوطى ص٤٤، القواعد لابن رجب : القاعدة : الخامسة والعشرون.

(٢) المراجع والمواضع والسابقة.

(٣) المراجع والمواضع والسابقة.

(٤) المراجع والمواضع والسابقة.

(٥)المراجع والمواضع والسابقة.

عيـــنها. وهذا محل اتفاق بين فقهاء الشافعية،والحنابلة، والمالكـــية، والخصـــاف من فقهاء الحنفية، بينما ذهب فقهـــاء الحنفـــية علـــى القول: بعدم اعتبار نية الحالف قضاء أى فى الظاهر ، ولكن نيته معتبرة ديانة أى بينه وبيـــن الله تعالى، ومن ثم ، فلو كلم فى الفرعية الأولى غير زيد، حنث قضاء، لا ديانة. ولو تزوج فى المسالة الثانـــية ، أى امرأة طلقت منه قضاء، لا ديانة ، أيضاً. هذا بالنسبة للشطر الأول من القاعدة.

وأما الشطر الثاني من القاعدة فمن فروعه ما يلي:-

(١) حلـــف لا يشرب من ماء فلان من عطش، فلو أكل طعـــام فلان هذا، أو لبس ثيابه، لا يحنث عند فقهاء الحنفـــية، والشـــافعية، لأن اليمين عندهم تنعقد على الماء خاصة، ولو نوى أنه لا ينتفع منه بشئ. خلافاً لفقهـــاء الحنابلة، والمالكية ، فلو حلف لا يشرب ماء فـــلان مـــن عطش ، ونوى الامتناع من جميع ماله حنث بتناول أى شيئ يملكه.

(٢) ولو حلف لا يدخل هذا البيت – يقصد هجران أهله- فدخل عليهم بيتاً آخر ، حنث.

(٣) قـــال لزوجـــته: إن لبست ثوباً ، فأنت طالق، وقال الزوج: نويت الثوب الأحمر مثلاً، فجمهور الحنابلة يقـــبل مـــنه ديانـــه، وفى قبوله فى الحكم- القضاء

والظاهر – روايتان[1].

القاعدة الثانية: هل الأيمان مبنية على الألفاظ، أو الأغراض؟.

في هذه المسألة رأيان للفقهاء، وإليك البيان:–

(أ) الرأى الأول: للحنفية ، والشافعية:–

ذهب فقهاء الحنفية ، والشافعية ، إلى القول:–

بأن الأيمان مبنية على الألفاظ متى كان ذلك ممكناً ، وإلا فهى مبنـــية علـــى الأغراض.، ومن ثم ؛ فلو أن شخصاً اغتاظ من إنســـان فحلف أنه لا يشترى له شيئاً بدولار، فاشترى له شيئاً بجنية لم يحنث.

ولـــو حلـــف شـــخص أنه لا يبيعه بعشرة ، فباعه بأحد عشـــر، أو بتسعة، لم يحنث ، مع أن غرضه الزيادة ، لكن لا حنث، بلا لفظ[2].

الرأى الثانى: لفقهاء المالكية ، والحنابلة:–

ذهب فقهاء المالكية ، والحنابلة إلى القول:–

بأنه يرجع فى الأيمان إلى النية، ذلك ، لأن مبنى اليمين عندهم على نية الحالف، إذا احتملت اليمين ما نواه ، سواء كان موافقاً لظاهر اللفظ ، أو مخالفاً له[3].

---

(١) الوجيز فى ايضاح القواعد ص٦٤ وما بعدها.

(٢) الأشباه لابن نجيم ص٥٣.

(٣) المغنى حـــ٨ ص٧٦٣، ص٧٦٤، الأفصاح حـــ٢ ص٣٢٥.

القاعدة الثالثة: هل الأيمان مبنية على العرف؟

(أ) تعريف العرف:

(١) العرف فى اللغة : العرف : المعروف. وهو خلاف المنكر قال تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [١].

والعرف: المكان المرتفع ، يقال: عرف الجبل، ونحوه، لظهره وأعــلاه، وجمعه : أعراف، وهو موج البحر. وهو ما تعارف عليه الناس فى عاداتهم ومعاملاتهم.

(٢) تعريفه فى الاصطلاح:-

العــرف : هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقــته الطــبائع بالقبول. أو هو : اللفظ: المستعمل فى معنى غير لغوى، ولم يكن ذلك مستفاداً من كلام الشارع بأن أخذ من القــرآن أو الســنة. وقد يطلق العرف على العادة القولية، وقد يطلق ويراد به العادة القولية ، والعادة الفعلية[٢].

(ب) والجواب عن السؤال ما يلى:-

اختلف الفقهاء فى مبنى الأيمان هل هو العرف أم النية؟

وبيانه كما يلى:-

الرأى الأول: لفقهاء الحنفية ، وهو قول للحنابلة:-

ذهب فقهاء الحنابلة فى قول عندهم، وهو مذهب الحنفية

---

(١) من الآية رقم (٩٩) من سورة الأعراف .

(٢) القاموس الفقهى ص٢٤٩، مختار الصحاح ص٤٢٦-٤٢٧.

إلى القول : بأن الأيمان مبنية على عرف الحالف[١] ومن ثم ، لو حلف شخص أنه لا يسكن بيتاً ، فسكن بيتاً من جلود أو شعر، أو خيمة ، فلا يحنث إن كان من سكان الأمصار – المدن– ويحنث إن كان من سكان البادية. خلافاً لفقهاء الشافعية ، وفي قول عند فقهاء الحنابلة، يحنث إذا لم تكن للحالف نية قروياً كان أو بدوياً[٢].

الرأى الثانى: لفقهاء المالكية:-

وأما عند فقهاء المالكية، فإن الأيمان مبنية على النية أولاً، أى نية الحالف، فإن لم تكن للحالف نية، فعلى الباعث ، أى الدافع اليمين فإن لم يكن هناك باعث، فتكون الأيمان مبنية على العرف، وإلا فعلى الوضع اللغوى[٣] وبناءً على ذلك، لو حلف أن لا يدخل أو يسكن، بيتاً وهو من أهل القرى أى المدن، وسكن بيتاً من بيوت الشعر، فإن لم تكن له نية ، فهو حانث، لأن الله ﷻ ، سماه بيتاً[٤]، وهذا يعنى أن اليمين هنا بدون نية، مبنية على الاستعمال القرآنى. وهذا رأى ابن القاسم ولم يسمعه من الإمام مالك.

---

(١) القواعد لابن رجب جـ٢٢ ص٣٠

(٢) الإفصاح جـ٢ ص٣٢٧.

(٣) أسهل المدارك جـ٢ ص٢٣.

(٤) المدونة الكبرى جـ٢ ص٥٢.

القاعدة الرابعة : اليمين على نية الحالف، أو على نية المستحلف؟.

الحالف: هو الذى يحلف أو يقسم باليمين(١)، والمستحلف: هو الذى يطلب الحلف و القسم به. اختلف الفقهاء فى بيان حكم هذه المسألة وكان اختلافهم على ثلاثة آراء : بيانها كالتالى:-

الرأى الأول : لفقهاء الحنفية:-

الأصل عند فقهاء الحنفية : أن مقاصد اللفظ على نية اللافظ، إلا فى اليمين ، فقد استثنوها فقالوا: اليمين عند القاضى على نية الحالف إن كان مظلوماً. وعلى نية المستحلف إن كان الحالف ظالماً ، وهذا فى غير الطلاق فاليمين على نية الحالف فى الطلاق، سواء كان الحالف ظالماً ، أو مظلوماً(٢).

الرأى الثانى: عند فقهاء الشافعية والمالكية:-

ذهب فقهاء الشافعية ، والمالكية ، وهو الظاهر عند فقهاء الحنابلة ، إلى القول: بأن اليمين على نية المستحلف ، وهو القاضى عند التحالف دون الحالف، ومن ثم فلا يصح فى اليمين التورية، ولا ينفع الاستثناء(٣) والتحالف من الحلف. وهو أن يحلف المتعاقدان عند الاختلاف. أو هو: تحليف

---

(١) القاموس ص٩٨.

(٢) غمز عيون البصائر جـ١ ص٨١.

(٣) القوانين الفقهية لابن جزى ص٣٣٤.

الخصمين كليهما[١].

طريقة معرفة حكم الجزئيات من القاعدة الكلية:-

فمثلاً، قاعدة " الأمور بمقاصدها" قاعدة كلية . وإذا أردنا أن نتعرف منها، حكم جزئية ما ، مما يندرج تحتها نقول : " زيد أعطى فلاناً من الناس مالاً، فما حكمه؟" فنستخرج من القاعدة الكلية- الأمور بمقاصدها- أن إعطاء المال قد يكون مقصوداً منه التصدق ، أو الهبة ، أو القرض ، أو الإبداع ، أو الوفاء، أو غير ذلك من المقاصد. ولما كان الكل مقصد حكم يخصه نقول: إن كان مقصد زيد من الإعطاء ، التصدق أو الهبة ، كان فعله طاعة يثاب عليها. وإن كان قصد زيد إقراضه إياه، أو إيداعه عنده، كان للمعطى حق استرداده وعلى الآخذ وجوب الرد، وهو مضمون على الآخذ فى الثانية إذا لم يتعد، أو يقصر فى الحفظ ، وإن كان قصده وفاء دين عليه كان الحكم إبراء ذمته ، ورداً لحق الآخر، لأن الأمور بمقاصدها.

---

(١) القاموس الفقهى ص٩٨.

المبحث الثامن

فى قاعدة " اليقين لا يزول بالشك "

****

وفيه " ثلاثة مطالب"

المطلب الأول:

فى مفهوم القاعدة وما يتعلق به

المطلب الثانى :

فى مكانة هذه القاعدة أو فروعها.

المطلب الثالث:

فى القواعد المندرجة تحت قاعدة

" اليقين لا يزول بالشك".

المطلب الأول

فى مفهوم القاعدة وما يتعلق به

****

(أ) مفهوم القاعدة :

(١) اليقين فى اللغة : اليقين : العلم وزوال الشك يقال: منه يقنت الأمر، وأيقنت ، واستيقنت وتيقنت كله بمعنى. وأنا على يقين منه، وربما عبروا عن الظن باليقين، وعن اليقين بالظن[١].

واليقين : لغة : قرار الشيئ ، يقال: يقن الماء فى الحوض بمعنى استقر[٢] واليقين : هو ما لا يحتمل غيره ، وإزاحة الشك، وتحقيق الأمر ، والعلم الحاصل عن نظر ، وأمر يقين ثابت الصدق واضحة[٣].

(٢) اليقين فى الاصطلاح:-

اليقين فى الاصطلاح : هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع عن دليل أو هو : حصول الجزم ، أو الظن الغالب بوقوع شئ، أو عدم وقوعه، أو هو الحكم الذهنى الجازم المطابق لموجب.

---

(١) مختار الصحاح ص٧٤٣ .

(٢) القواعد الفقهية لعبد العزيز عزام ص١١١ .

(٣) المنجد فى اللغة ص١٠٣ .

قولـــــه " الاعــتقاد الجـــازم" قيد فى التعريف خرج به الظن، وغلبة الظن، لأنه لا جزم فيهما.

وقوله : " المطابق للواقع" قيد فيه أيضاً خرج به ما ليس مطابقاً للواقع، وهو الجهل، وإن كان صاحبه جازماً.

وقولـــــه: " عـــن دليل" قيد فيه خرج به اعتقاد المقلد فيما كان صواباً، لأن اعتقاده لما لم يكن عن دليل كان عرضة للزوال .

فكل ذلك ليس من اليقين فى شئ.

(ب) التفسير المناسب لليقين

لكـــن المناسب هنا، تفسير اليقين بالمعنى اللغوى، لأن الأحكام الفقهية، إنما تبنى على الظاهر فكثيراً ما يكون الأمر فى نظر الشرع يقيناً لا يزول بالشك، فى حين أن العقل يجيز أن يكون الواقـــع خلافه، مثال ذلك ، الأمر الثابت بالبينة الشرعية، فإنه فى نظر الشرع يقين كالثابت بالعيان، مع أن شهادة الشهود، لا تخـــرج عن كونها خبر آحاد، يجيز العقل فيها السهو والكذب، وهذا الاحتمال الضعيف لا يخرج ذلك عن كونه يقيناً، لأنه لقوة ضـــعفه قـــد طرح أمام قوة مقابلة، ولم يبق له اعتبار فى نظر الناظر[1].

(جـ) مفهوم الشك:

(١) الشك فى اللغة: ضد اليقين، وقد شك فى كذا من باب رد،

---

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص٧٩ .

وتشكك وشككه فيه غيره[1].

والشـــك: هـــو الـــتردد بين وجود الشئ، وعدمه، وهو خلاف اليقين[2]. والشك: هو الارتياب فى الأمر[3].

(٢) **الشـــك عند الفقهاء:** هو التردد بين وجود الشئ وعدمه، سواء كان الطرفان فى التردد سواء، أو كان أحدهما راجحاً.

وعـــند الأصـــوليين: هو تساوى الاحتمالين. فإن رجح أحدهما، فالراجح ظن، والمرجوح وهم.

أو هـــو اســـتواء الأمريـــن، والتردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر عند الشاك[4].

(د) المفهوم الإجمالى للقاعدة:-

ومفهوم قاعدة " اليقين لا يزول بالشك" إجمالاً أن الأمر الـــذى ثبت بيقين ، لا يزول بالشك وإنما يزول بيقين مثله، لأن الشك ضعيف فلا يقوى على إزالة اليقين القوى[5].

واليقيـــن : هـــو طمأنية القلب على حقيقة الشيئ والمعنى: أنه متى تيقنت أمراً فلا ترفعه بالارتياب فيه. والمعنى أيضاً: اليقين لا يزول بالشك أى لا يرفع حكم اليقين بالشك.

---

(١) مختار الصحاح ص٣٤٤ ط دار المعارف بمصر.

(٢) القاموس الفقهى ص٢٠٠ .

(٣) المنجد فى اللغة ص٤٠٨ .

(٤) القاموس الفقهى ص٢٠٠.

(٥) درر الأحكام ص٢٠، بتصرف ، الأشباه للسيوطى ص٥٦ ط عيسى الحلبى.

مثال ذلك: ما لو كان إنسان متزوج، وشك هل طلق زوجته أم لا؟ فالأصل بقاء ما كان على ما كان وهو عدم الطلاق. وكذلك أيضاً لو كان المكلف على وضوء بيقين، وشك هل أحدث أم لا؟ فالأصل بقاء ما كان على ما كان، وهو الوضوء.

(هـ) أصل القاعدة:-

هذه القاعدة " اليقين لا يزول بالشك" يستدل لها بما يلي:-

(١) قوله تعالى:﴿ **وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً** ﴾ [١].

(٢) قوله -ﷺ- [إذا وجد أحدكم فى بطنه شيئاً ، فأشكل عليه أخرج منه شيئ أم؟ فلا يخرجن من المسجد، حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً] [٢] أى أن الإنسان لا يدع ما هو عليه من الحال المتيقنة، إلا بيقين فى انتقالها[٣].

وقوله فى الحديث : " حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحا" معناه، لا ينصرف حتى يتيقن ، وليس المراد تخصيص هذين الأمرين باليقين ، لأن المعنى إذا كان أوسع من اللفظ ، كان الحكم للمعنى، وهذا أصل وقاعدة من قواعد الدين، فى أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها، حتى يتيقن خلاف ذلك. والمراد: أن استصحاب الأصل المتيقن ، لا يزيله شك طارئ عليه، ولك أن

---

(١) من الآية رقم (٣٦) من سورة يونس.

(٢) صحيح مسلم حـ١ ص٦.

(٣) الأشباه للسيوطى ص٥٦، حاشية الروض المربع للنجدى حـ١ ص٢٥٩.

تقول : " الأصل بقاء ما كان على ما كان"[1].

(٣) عــن عبدالله بن زيد -ﷺ- قال: شُكِيَ إلى النبى -ﷺ- الــرجل يخــيل إلــيه أنـــه يجد الشيئ فى الصلاة قال: " لا ينصرف حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً"[2].

(٤) وعــن أبــى سعيد الخدرى قال: قال رسول الله -ﷺ- [وإذا شــك أحدكم فى صلاته، فلم يدر كم صلى ، أثلاثاً أم أربعــاً؟ فلــيطرح الشــك، وليبين على ما استيقن ثم يسجد ســجدتين قــبل أن يســلم، فــإن كان صلى خمساً شفعن له صـــلاته، وإن كـــان صـــلى إتمامـــاً لأربع ، كانتا ترغيماً للشيطان] [3].

(٥) وقولــــه-ﷺ- [إن الشــيطان لــيأتى أحدكم وهو فى صلاته، فيقول: له : أحدثت فلا ينصرف ، حتى يسمع صوتاً أو يجــد ريحاً] ، فقد جعل الحواس أبواب العلم، أخذها من قولــه تعالى:﴿ **وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لا تَعْلَمُونَ شَيْئاً وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالأَبْصَارَ وَالأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ** ﴾ [4]، واقتصر على السمع، والأبصار ، لأنهما أوسع أبواب العلم،

---

(١) الأشباه للسبكى حـــ١ ص١٢.

(٢) مسلم بشرح النووى حـــ٤ ص٤٩.

(٣) أخرجه مسلم وأبو داود وابن حبان والحاكم، نيل الأوطار للشوكانى حـــ٣ ص١٣٢، توضيح الحكام من بلوغ المرام حـــ١ ص٦١.

(٤) الآية رقم (٧٨) من سورة النحل.

وإلا فالشـــم بـــاب، والـــذوق بـــاب ولكن لا يساوى السمع والأبصار، فهما أوسع أبواب العلم، لأن كل حاسة ترجع إلى الكمبيوتر الإلهي، وهو القلب الفؤاد. وهذه القاعدة لها فروع كثيرة تتعلق بكل شيئ مقرر أصله، وطرأ الشك عليه.

(٦) أما الدليل العقلى: فإن اليقين أقوى من الشك، فلا ينهدم اليقين بالشك[١].

ومعنى القاعدة فى الإصطلاح الفقهى:-

إن الأمـــر المتيقن ثبوته لا يرتفع إلا بدليل قاطع ، ولا يحكـــم بزاوله لمجرد الشك، كذلك الأمر المتيقن عدم ثبوته، لا يحكم بثبوته بمجرد الشك، لأن الشك أضعف من اليقين[٢].

(و) مراتب المدركات:-

(١) اليقين: وهو جزم القلب مع الاستناد إلى الدليل القطعى.

(٢) الظن الغالب: هو ترجيح أحد الاحتمالين على الآخر مع اطمئنان القلب إلى الجهة الراجحة.

(٣) الظن: تجويز أمرين: أحدهما أقوى من الآخر.

(٤) الشك: تجويز أمرين لا مرية لأحدهما على الآخر.

(٥) الوهم : تجويزا أمرين أحدهما أضعف من الآخر[٣].

والمعنى: أن الشك هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح

(١) توضيح الأحكام المرجع السابق.

(٢) توضيح الأحكام المرجع السابق.

(٣) غمز عيون البصائر حـــ١ ص٨٤.

لأحدهمـــا علـــى الآخر، وبتعبير آخر: تردد الفعل بين الوقوع وعدمـــه، أى لا يوجـــد مرجح لأحد الأمرين على الآخر، ولا يمكـــن ترجيح أحد الاحتمالين، على الآخر، فإن ترجح أحدهما على الآخر بدليل ووصل ترجيحه إلى درجة الظهور الذى يبنى علـــيه العاقل أموره لكن لم يطرح الاحتمال الآخر فهو الظن، فـــإن طـــرح الاحـــتمال الآخر بمعنى أنه لم يبق له اعتبار فى الـــنظر لشدة ضعفه فهو غالب الظن، والظن الغالب معتبر فى الشرع بمنزلة اليقين فى بناء الأحكام عليه فى أكثر المسائل إذا كان مستنداً على دليل معتبر، وذلك كما إذا رأى إنسان شيئاً فى يـــد آخر، بتصرف فيه تصرفاً يغلب على ظن من يشاهده أنه ملكـــه وكان مثله يملك مثله ولم يخبر الرائى عدلان بأنه ملك غيره فإنه يجوز له أن يشهد لذى اليد بملكه لهذا الشيئ[1].

أما إذا كان الترجيح ممكناً لأحد الاحتمالين والقلب غير مطمئـــن للجهـــة الـــراجحة فتكون الجهة الراجحة هى الظن، والجهة المرجوحة هى الوهم.

والمـــراد بالشـــك هنا: هو الشك الطارئ بعد حصول اليقيـــن فـــى الأمـــر[2] ، سواء تساوى الاحتمالان ، أو رجح أحدهما على الآخر.

---

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ الزرقا ص٨٠

(٢) درر الحكام ص٢٠.

المطلب الثانى

فى مكانة هذه القاعدة وفروعها.

****

(أ) مكانة هذه القاعدة:

هـــذه القـــاعدة، تدخل فى جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر[1].

ويكفـــى فى هذا المقام أن نذكر أهم الفروع الفقهية التى تندرج تحتها.

(١) مـــنها: عـــدم جـــواز البـــيع مجازفة فى الأموال الربوية كالمكـــيلات، والموزونـــات، لأن المماثلة فى بيعها شرط محقـــق، والمماثلـــة مـــع المجازفة مشكوك فيها فلا تثبت الصـــحة بـــناء على الأصل المقرر وهو أن الحكم المعلق علـــى شرط، أو المشروط بشرط، إذا وقع الشك فى وجود شرطه لا يثبت، لأن ما ليس بيقين لا يثبت بالشك والثابت بيقين لا يزول بالشك.

والبيع لغة: إعطاء المثمن ، وأخذ الثمن.

وشـــرعاً: مـــبادلة المـــال المتقوم، بالمال المتقوم، تمليكاً وتملكاً[2].

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٥٦.

(٢) القاموس الفقهى ص٤٤

والمجازفة: الجزاف: وهو الشيئ لا يعلم كيله ، أو وزنه ، وهو الحدس فى البيع والشراء ، بلا كيل، ولا وزن ، وهو بيع مجموع بلا تقدير[1].

(٢) منها: إذا سافر رجل إلى بلاد بعيدة وانقطعت أخباره مدة طويلة، فانقطاع أخباره يثير شكاً فى حياته ، إلا أن ذلك الشك لا يزيل اليقين وهو حياته المتيقنة من قبل، ومن ثم فلا يجوز الحكم بموته ، وليس لورثته إقتسام تركته ما لم يثبت موته يقيناً ، وعلى العكس من ذلك إذا سافر آخر بسفينه وثبت غرقها فيحكم بموت الرجل، لأن موته ظن غالب، والظن الغالب بمنزلة اليقين.

(٣) منها: إذا أقر شخص بمبلغ لآخر قائلاً : أظن أنه يوجد لك بذمتى كذا من المال فإقراره هذا لا يترتب عليه حكم ، لأن الأصل براءة الذمة والأصل هو المتيقن فما لم يحصل يقين بشغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقر له، إذ أن إقراره لم ينشأ عن يقين، بل عن شك وظن وهذا لا يزيل اليقين ببراءة ذمة المقر[2].

وشرعاً : هو إخبار الإنسان بحق عليه لآخر، يقال: لذلك مقر. ولهذا مقَرٌّ له، وللحق مقربه[3].

---

(١) القاموس الفقهى ص٦٢.

(٢) درر الحكام ص٦٠ .

(٣) القاموس الفقهى ص٢٩٩ .

(٤) ومـــنها: مـــا لو عقد الرجل على أختين، بعقدين متعاقبين، ونســـى الأول، فإنه يفرق بينه، وبين الثنتين، ولا يجوز ترجـــيح أولية عقد إحداهما على الأخرى بغلبة الظن، بل لابـــد من العلم، لأن التحرى أو غلبة الظن لا يجرى فى مسائل الفروج.

(٥) ومنها: ما لو طلق واحدة معينة من نسائه ثم نسيها، فإنه لا يجوز له أن يأتى واحدة منهن إلا بعد العلم بالمطلقة، ولا يكفـــى التحرى وتغليب الظن، ولا يسع الحاكم أن يخلى بينه وبين نسائه، حتى يتبين، لأن التحرى إنما يجوز فيما يباح عند الضرورة، والفروج لا تحل للضرورة.

(٦) ومنها: الحبل، فإنهم لم يعتبروا ظهور علاماته دليلاً جازماً على وجود الحمل، ولم يبنوا عليه الأحكام الجازمة، وإن كـــان يغلـــب علـــى ظن كل من رأى المرأة ظهر عليها علامـــات الحمـــل إنها حامل ، فلو أوصى إنسان للحمل بشئ أو وقف لا تصح الوصية له، أو الوقف عليه إلا إذا ولـــد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية، أو الوقف، لكى يتيقن وقتهما أن الحمل كان موجوداً.

(٧) ومنها: أن المتيقن للطهارة إذا شك فى الحدث فهو متطهر عـــند الأئمة الثلاثة: أبى حنيفة، والشافعى، وأحمد ، وأما عند مالك فمن شك فى الطهارة يجب عليه الوضوء بناءً على قاعدة عنده تقول: الشك فى الشرط: مانع من ترتب

المشـــروط[1] لكن ابن عبد البر رد هذا القول فى كتاب التمهيد فقال: إن قول مالك : " من شك فى الحدث بعد يقينه بالوضوء فعليه الوضوء" لم ويتابعه على هـــذا القـــول أحد من أهل الفقه علمته، إلا أصحابه ومن قلدهـــم فـــى ذلـــك، وقد خالفه عبد الله بن نافع، وأجمع العلماء أن من أيقن الحدث وشك فى الوضوء أن شكه لا يفيد فائدة[2].

(٨) ومـــنها: إذا شك فى إخراج ما عليه من الزكاة، فإنه يجب علـــيه إخراج الزكاة وينوى التقرب، وإذا أدى الزكاة من مال يظن حله فأخلف ظنه لم تسقط الزكاة بذلك.

وكذلـــك إذا عجل الزكاة على ظن بقاء العقد إلى الحول فـــأخلف ظـــنه باستغناء الفقير لم تسقط الزكاة بذلك، وله الرجوع لخروج المقبوض عن كونه زكاة[3]

(٩) ومنها: إذا أحرم بالعمرة ، ثم بالحج، وشك هل كان أحرم بـــالحج قـــبل طوافهـــا، فيكون صحيحاً، أو بعده فيكون باطلاً؟

حكـــم بصـــحته، لأن الأصل جواز الإحرام بالحج حتى يتيقـــن أنه كان بعده، وهذا كمن تزوج وأحرم، ولم يدر

---

(١) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص١٩٢ .

(٢) المرجع السابق.

(٣) قواعد العز بن عبد السلام حـــ٢ ص٦٥ .

هــل أحرم قبل تزوجه أو بعده؟ فإن الشافعى نص على صحة نكاحه، لأن الأصل عدم الإحرام[1].

(١٠) ومنها: إقرار الحاكم بالشئ إن كان على جهة الحكم كان حكماً، وإن لم يكن على جهة الحكم بأن كان فى معرض الحكايات والإخبار عن الأمور المتقدمة لم يكن حكماً، أى أنــنا إذا شككنا فى ذلك لم يكن حكماً، لأن الأصل بقاؤه على الإخبار، وعدم نقله إلى الإنشاء.

(١١) ومــنها: مــا لــو طلق الرجل زوجته وكانت ذات لبن، وتزوجــت بآخر بعد عدتها فحملت منه، وأرضعت طفلاً فـــى مــدة الحمــل، فإن لبنها لم يزل معتبراً من الزوج الأول، فثبتــت بــه حرمة الرضاع بالنسبة له، لأنه كان متيقناً أن اللبن منه، فلا تحكم بأنه من الثانى بمجرد الشك الحاصل بسبب حملها من الزوج الثانى، فإذا ولدت يحكم حينئذ بأن اللبن بعد الولادة من الثانى.

(١٢) ومــنها: من شك هل أحدث أم لا؟ أى من تيقن الطهارة، ثــم شك، هل أحدث حقيقياً أم حكمياً أو لم يحدث كذلك، فهو طاهر متطهر . ومن تيقن الحدث، وشك فى الطهارة فهــو محدث، ولا يعمل بالشك فيها، لأن ظن استصحاب اليقين أقوى من ظن الضد.

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٥٧ .

(١٣) مــن شــك هل طلع الفجر فى الصوم؟ أى وكان قد أكل آخــر الليــل، فإنه يصح صومه، لأن الأصل بقاء الليل، ونظــيره مــن أكــل آخر النهار، بلا اجتهاد، وشك فى الغروب يطل صومه، لأن الأصل بقاء النهار.

(١٤) ومــنها: مــن شك هل غابت نيته فى الوضوء مثلاً قرن النــية بالمضمضة أو الاستنشاق، ثم شك بعد غسل شئ مــن الوجه هل غربت نيته أم لا؟ فإنه لا يؤثر، ويصح وضوءه بهذه النية[١].

(١٥) إذا فتحــنا حصنا وفيهم ذمى لا يعرف، لا يجوز قتلهم، لقــيام المــانع بيقين، فلو قتل البعض، أو أخرج حل قتل الباقى للشك فى قيام المحرم، كذا هذا[٢].

(١) الفوائد الجنية جـــ١ ص١٩٨-١٩٩ .

(٢) غمز عيون البصائر جـــ١ ص١٩٤ .

المطلب الثالث

فى القواعد المندرجة تحت قاعدة

" اليقين لا يزول بالشك"

•••••••••••••

من أهم القواعد الفقهية، التى تندرج تحت هذه القاعدة الكبرى ما يلى:

- **القاعدة الأولى: " الأصل بقاء ما كان على ما كان"**

وقد عبر الجلال السيوطى عن هذه القاعدة: بقوله : " ما ثبت بزمان، يحكم ببقائه، ما لم يوجد دليل على خلافه"[1].

(أ) مفهوم القاعدة:

" الأصل" معناه الأسُّ – بضم الهمزة ، وتشديد السين المهملة – والمعيار ، ويجمع على معايير، وهو بكسر الميم، وهو العيار الذى يقاس عليه غيره أى الميزان، فى الأمور المتأخرة، أن تبنى على الأمور المتقدمة . ومعنى" بقاء ما كان" أى ثبت متيقناً، ومنه، كان الله ولا شئ معه، " لاحقاً" أى فى الزمن المتأخر، قوله: " علىَ ما كان سابقاً أى على حالته فى الزمن السابق . وذلك لأن الأصل فى الأشياء البقاء، والعدم طارئ[2] والمعنى: أن ما ثبت على حال فى الزمان الماضى ، ثبوتاً أو

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٢٥١ .

(٢) الفوائد الجنية جـ١ ص١٩٨ ، غمز عيون البصائر جـ١ ص١٩٨ .

نفياً، يبقى على حاله، ولا يتغير ما لم يوجد دليل بغيره.

وهـذا أصل كبير يفيد أن اليقين لا يزول بالشك فمن تيقن حالة مـن الحـالات، أو أمر من الأمور فإنه لا يزيله إلا يقين مثله، وإلا فالأصـل بقـاؤه، وهذه القاعدة جزء من القاعدة السابقة " اليقين لا يزول بالشك"(١).

(ب) دليل القاعدة:

والدليل على هذه القاعدة، الاستصحاب.

(١) تعريف الاستصحاب لغة واصطلاحاً:

استصحب الشئ: لازمه . واستصحب الحال: إذا تمسك بما كان ثابـتاً، كأنـه جعـل تلـك الحـال مصـاحبة غير مفارقه . والاستصحاب: مصدر.

وشرعاً: هو الحكم ببقاء أمر محقق، غير مظنون عدمه، وهو بمعنى إبقاء ما كان على ما كان(٢).

أقسام الاستصحاب عند الأصوليين والفقهاء:

أولاً: أقسامه عند الأصوليين:

(١) استصحاب النص إلى أن يرد نسخ، أى العمل بالنص إلى أن يرد دليل ناسخ من كتاب أو سنة، وهذا محل اتفاق.

(٢) استصحاب العموم إلى أن يرد دليل تخصيص ، أى العمل باللفظ العام حتى يرد المخصص، فيقصر العام على بعض

---

(١) توضيح الأحكام من بلوغ المرام جـ١ ص٧٥ ط سابقة.

(٢) القاموس الفقهى ص٢٠٧ .

أفراده وهذا أيضاً، محل اتفاق بين علماء الأصول.

(٣) استصحاب الحال، وهو ظن دوام الشئ بناءً على ثبوت وجوده قبل ذلك.

ثانياً: أقسام الاستصحاب عند الفقهاء:

ينقسم الاستصحاب عند الفقهاء إلى قسمين:

الأول: أن الشئ إذا كان على حال فى الزمان الماضى ، فهو على حاله فى المستقبل ما لم يوجد ما يغيره، وسماه بعضهم استصحاب الماضى للحال.

الثانى: أن الشئ على حالته الحاضرة يحكم أنه كان عليها فى الزمان الماضى ما لم يوجد دليل يغيرها، وهذا يسمى الاستصحاب المعكوس، وسماه بعضهم استصحاب الحال للماضى، والقاعدة التى معنا تشير إلى النوع الأول، وتعريف الأصوليين له قريب من تعريف الفقهاء.

هل الاستصحاب حجة؟

اختلف الأصوليون فى كونه حجة أم لا إلى قولين: بيانهما كما يلى:

القول الأول: ذهب الأكثرون ومنهم مالك وأحمد، والغزالى، ومن تبعهم إلى القول: بأن الاستصحاب حجة.

القول الثانى: ذهب جمهور الحنفية ومن تبعهم إلى القول: بأن الاستصحاب ليس بحجة[١].

---

(١) روضة الناظر وحاشية ابن بدران ص٣٨٩ .

وأما الاستصحاب عند الفقهاء: فهو لزوم حكم دل الشرع علـى ثـبوته ودوامه، كالملك عند جريان العقد للملك، وكشغل ذمـة المتلف عند وقوع الإتلاف ، وذمة المديون عند مشاهدة استدانته.

(جـ) فروع القاعدة: ومن فروع القاعدة ما يلى:

(١) أن مـن تيقن الطهارة وشك فى الحدث، فالأصل الطهارة، والعكـس بـالعكس، فمن تيقن الحدث وشك في الطهارة، فالأصل الحدث، وهى مستمدة من الأدلة التى استمدت منها قاعدة " اليقين لا يزول بالشك".

(٢) مسألة المفقود الذى انقطع خبره، ولم يعلم موته ولا حياته، فهذا يحكم بحياته لأنه حين تغيبه كانت حياته محققه، فما لم يقم دليل على موته حقيقة، أو يحكم بموته فهو حى حكماً، فليس لورثته اقتسام تركته، ولا تؤخذ وديعته، ولا تبين منه امرأته، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.

(٣) إذا مـات نصرانى فجاءت امرأته مسلمة وقالت: أسلمت بعد موته فأستحق فى ميراثه، وقال الورثة: بل أسلمت قبل موته، فلا ميراث لها.

فالقول: قـول الورثة عند بعضهم، ووجهه أن سبب الحرمان قـائم فـى الحال، وهو اختلاف الدين ثبت فيما مضى تحكيماً للحـال . ولهـذا الحكـم وجه آخر ، وهو أن إسلامها حادث والحادث يضاف إلى أقرب أوقاته.

هل الاستصحاب يصلح للدفع والاستحقاق أم ماذا؟

اخـــتلف الفقهـــاء فـــى الجواب على هذا التساؤل على رأيين أساسيين : بيانهما كالتالى:

الرأى الأول: لفقهاء الحنفية:

ذهـــب فقهاء الحنفية إلى القول: بأن الاستصحاب يصلح حجـــة للدفـــع لا للاســـتحقاق، كمســـألة المفقود الذى مرت، فاستصحاب حياته يمنع تقسيم تركته، وبينونة امرأته ، ولكن لو مـــات شخص يرثه المفقود، فلا يستحق المفقود من إرثه شيئاً، لعدم تحقق حياته عند موت مورثه فاستصحاب حياة المفقود لم يصلح حجة لاستحقاقه الإرث حال غيبته[1].

الرأى الثانى: لجمهور أهل العلم:

ذهـــب جمهـــور أهل العلم إلى القول: بأن الاستصحاب يصـــلح حجـــة للدفع والاستحقاق، وبناءً عليه فالمفقود عندهم يـــرث، ولا يـــورث، لأنه قبل فقده كان حياً، فيجب استصحاب حياته حتى يظهر خلاف ذلك[2]، إلا أن فقهاء الحنابلة: **يوقفون نصـــيب المفقـــود لحيـــن ظهور حياته أو موته، فإن ظهر حياً ورث، وإلا رد المال لورثة مورث المفقود**[3].

---

(١) أصول الكرخى ص١١٠.

(٢) تهذيب شرح النووى ص١٨٢-١٨٤.

(٣) المقنع حـــ٢ ص٤٤٤.

من أمثلة قاعدة الاستصحاب:-

(١) إذا تعاشـر الزوجان ، مدة مدية ، ثم ادعت الزوجة عدم الكسـوة والنفقة ، فالقول قول الزوجة عند عدم بينة الزوج مع يمين الزوجة ، لأن الأصل بقاؤهما فى ذمته كالمديون إذا أدعى دفع الدين وأنكر الدائن.

(٢) ولو ادعت المرأة المطلقة امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة صدقت ولها النفقة، لأن الأصل بقاؤها[١].

استثناء من قاعدة الاستصحاب:

إن الأميـن يصـدق بيميـنه فى براءة ذمته، فلو ادعى المودَع- بفتح الدال- أنه أعاد الوديعة إلى إلى المودِع- بكسر الـدال- أو أدعى أنها تلفت فى يده بلا تعد، أو تقصير ، يقبل ادعاؤه مع يمينه مع أنه كان يجب بمقتضى قاعدة الاستصحاب أن يعـد الأمين مكلفاً بإعادة الأمانة ما لم يثبت إعادتها ، لأن الحـال الماضـى هو وجود الأمانة عند المودَع- بفتح الدال- والسبب فى تصديقه بيمينه: أن الأمين هنا يدعى براءة ذمته من الضمان، وأما المودع -بكسر الدال- يدعى شغل ذمة الأمين ، وذلـك خلاف الأصل لأن الأصل براءة الذمة[٢]، ومن ثم نعلم أن كل استثناء من قاعدة يندرج تحت قاعدة أخرى. وبناء عليه

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٥١-٥٢، الأشباه لابن نجيم ص٥٧-٥٨.

(٢) أصـول الكرخى، الأصل الثانى عشر ص١١٢- درر الحكام جـ٢ ص٢١، وشرح الأتاسى جـ١ ص٢٠-٢١.

يـتفرع على قاعدة الاستصحاب قاعدة تقول: "القديم يترك على قدمه، ولا يغير إلا بحجة"[1].

مفهوم القاعدة:-

أن القديم المشروع يجب أن يترك على حاله ما لم يثبت خلافـه، لأن بقـاء الشيئ مدة طويلة دليل على أنه مستند على حـق مشـروع فـيحكم بأحقيـته ، وذلك من باب حسن الظن بالمسلمين بأنه ما وضع إلا بوجه شرعي. ما لم يكن هذا القديم ضـاراً، لأن الضرر لا يكون قديماً أي لا يعتبر قدمه حجة في بقائه[2].

والمـراد بـالقديم هنا ما لا يعرف أوله، لأن ما يعرف مبدؤه، لا يكون قديماً[3].

القاعدة الثانية:

قاعدة "الأصل إضافة الحادث، على اقرب أوقاته"[4].

مفهـوم القاعدة: معنى هذه القاعدة ، إذا وقع اختلاف في زمن حـدوث أمـر ولا بينة ينسب هذا الأمر إلى أقرب الأوقات إلى الحال ما لم يثبت نسبته إلى زمن أبعد.

وتوضـيح ذلك: أن كثيراً ما تختلف أحكام الحوادث ونتائجها

(١) الخادمي ص٣٢٦، المجلة مادة (٦) المدخل فقرة ٩٦. الوجيز ص٩٩.

(٢) المجلة مادة (٧). المدخل فقرة ٥٩٧.

(٣) درر الحكام ص٢١ حـ١، شرح الأناسي حـ١ ص٢١.

(٤) درر الحكام ص٣٥، الأشباه لابن نجيم ص٦٤.

باخـــتلاف تاريخ حدوثها، فعند التنازع فى تاريخ الحادث يحمل علـــى الوقـــت الأقرب إلى الحال حتى يثبت الأبعد، لأن الوقت الأقـــرب قـــد اتفـــق الطرفان على وجود الحادث فيه، وانفرد أحدهمـــا بـــزعم وجـــوده قبل ذلك، فوجود الحادث فى الوقت الأقرب متيقن ، وفى الأبعد مشكوك فيه.

أمثلة توضيحية:-

(١) لـــو تبيـــن فـــى المبيع عيب بعد القبض، وادعى البائع حدوثه عند المشترى، وادعى المشترى حدوثه عند البائع ، فالقول لمدعى الوقوع فى الزمن الأقرب، ويعتبر العيب هنا حادثـــاً عند المشترى، فليس للمشترى حق فسخ البيع حتى يثبت أن العيب قديم عند البائع، إلا أن يكون العيب مما لا يحـــدث مثله، بل هو من أصل الخلقة كالخيف فى الفرس، وهـــو اخـــتلاف لونى عينى الفرس كأن كانت إحدى عينيه زرقـــاء ، والأخـــرى ســـوداء كحلاء، فإن كان كذلك فهو أخيف[1].

(٢) ومـــن رأى فـــى ثوبـــه منـــياً، ولم يذكر احتلاماً لزمه (الغســـل) وتجـــب عليه إعادة كل صلاة صلاها من آخر نومة نامها فيه[2].

(٣) ومن ضرب بطن حامل، فانفصل الولد حياً، وبقى زماناً

---

(١) الوجيز ص٢١٧.

(٢) الأشباه للسيوطى ص٥٩.

بـــلا ألم ، ثم مات فلا ضمان على الضارب، لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر، إلا إذا عاضد ذلك السبب ظاهر قوى، كمـــن جرح وبقى زماناً يتألم من جرحه ثم مات، إذ ينسب المـــوت هـــنا إلى الجرح، لأنه سبب ظاهر مع احتمال أن يكون الموت بغيره[1].

(٤) وإذا ادعـــت الـــزوجة أن زوجهـــا طلقها أثناء مرض المـــوت، أى طـــلاق الضار ليحرمها من الميراث وطلبت الإرث، وادعـــى الورثة أنه طلقها فى حال صحته، وأنه لا حـــق لهـــا فـــى الإرث فالقول للزوجة، لأن الأمر الحادث المخـــتلف علـــى زمـــن وقوعه هنا هو الطلاق فيجب أن يضاف إلى الزمن الأقرب وهو مرض الموت الذى تدعيه الـــزوجة ما لم يقم الورثة البينة على أن طلاقها كان حال الصحة.

(٥) وإذا ادعى المحجور عليه، أو وصيه أن عقد البيع الذى أجراه المحجور قد حصل بعد صدور الحكم بحجره وطلب فســـخ البـــيع ، وادعى المشترى حصول البيع قبل تاريخ الحجر، فالقول للمحجور ، أو وصيه ، لأن وقوع البيع بعد الحجـــر أقرب زمناً مما يدعيه المشترى، وعلى المشترى إثـــبات خـــلاف الأصل وهو حصول البيع له قبل صدور

(١) حاشية سنبلى زاده ص٨٦، الوجيز ص١٠٦.

الحكم بالحجر(١).

ما يستثنى من قاعدة " الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أو قاته"

(١) لو ادعى شخص على حاكم معزول أنه أخذ منه بعد عزله مبلغاً من المال جبراً وأنكر المدعى عليه ذلك، وادعى أنه أخذ منه ذلك المبلغ أثناء ما كان حاكماً بعد أن أجرى محاكمته وأنه أعطى المبلغ للمحكوم له فلان، فإذا كان المبلغ المدفوع مستهلكاً، فالقول للحاكم المدعى عليه، لأنه يضيف فعله لزمن مناف للضمان ويدعى براءة ذمته، مع أنه بحسب القاعدة لما كان وقوع الأخذ بعد العزل هو الأقرب ، كان الواجب أن يعد ذلك أصلاً ، وعلى الحاكم المدعى عليه أن يثبت خلاف الأصل ، أى حصول الأخذ قبل العزل، فالاستثناء هنا جاء تبعاً للقاعدة النافية للضمان وهى: الأصل براءة الذمة، وأما إذا كان المال المدعى به لا زال قائماً فالقول للمدعى ، ويجب على الحاكم رده إلى المقضى عليه(٢).

(٢) لو قال شخص لغيره قطعت يدك وأنا صغير ، فقال المقر له ، بل قطعتها وأنت كبير، كان القول للمقر ، لأنه ينفى الضمان مع أنه تبعاً للقاعدة يكون القول للمقر له، لأنه يضيف الحادث إلى أقرب أوقاته.

---

(١)حاشية سنبلى زاده ص٨٦، الأشباه لابن نجيم ص٦٥.

(٢) حاشية سنبلى زاده ص٨٦، الأشباه لابن نجيم ص٦٥ .

(٣) إذا ادعــت زوجة ذمى – مسيحى أو يهودى– أنها أسلمت بعد وفاة زوجها وأن لها الحق فى أن ترثه لكونها على دينه حيــن وفاته، وادعى الورثة أنها أسلمت قبل وفاته فلا ترث لاخــتلاف الديــن، فالقول هنا للورثة مع أنه حسب القاعدة يجــب أن يكــون القــول للزوجة، لأن اعتناقها الإسلام أمر حــادث ، والزوجة تدعى حدوثه فى الوقت الأقرب ، وعلى الورثــة أن يثبتوا خلاف الأصل، ولكن جاء الاستثناء بسبب قاعدة الاستصحاب فى هذه المسألة ، وهو أن اختلاف الدين سبب للحرمان من الإرث ، وهو موجود بالحال، فاستصحاب الحال للماضى ، فاعتبر الزوجة مسلمة الزمن السابق أيضاً.

القاعدة الثالثة

هل الأصل فى الأشياء الإباحة أو الحرمة؟[1].

فى هذه المسألة، ثلاثة آراء: بيانها كالتالى:

الرأى الأول: الأصل فى الأشياء الإباحة.

الرأى الثانى: الأصل فى الأشياء الحظر أى التحريم.

الــرأى الثالث: الوقف . بمعنى أنه لا يدرى، هل هنا حكم، أم لا؟

الأدلــــة:

(أ) وجــه الــرأى الثالث: أنه بناءً على القول بالوقف، أن لكل

(١) الأشــباه للسيوطى ص٦٦، والأشباه لابن نجيم ص٦٦ ، إرشاد الفحول ص ٢٨٤.

تصـــرف حكـــم، ولا يخلو تصرف عن حكم، عرفه من عرفه، وجهله من جهله.

(ب) أدلة أصحاب الرأى الثانى:

احـــتج أصـــحاب هذا الرأى، وهم المعتزلة، وأصحاب الحديث على أن الأصل فى الأشياء الحظر[1] بما يلى:

(١) قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَٰذَا حَلَالٌ وَهَٰذَا حَرَامٌ ﴾[2].

ووجـــه الدلالـــة، أن الله جل شأنه، أخبر أن التحريم والتحليل، ليس إلينا، وإنما هو إليه، فلا نعلم الحلال والحرام، إلا بإذنه.

(٢) قولـــــه ﷺ [الحـــلال بيـــن والحرام بين، وبينهما أمور مشتبهات، والمؤمنون وقافون عند الشبهات] [3].

ووجهه أنه يدل على المنع والحظر، فدل أن الأصل هو الحظر والمنع والتحريم.

(٣) قال القائلون بأن الأصل هو الحظر: أن التصرف فى ملك الغـــير بغير إذنه لا يجوز، والقول بالإباحة دون دليل يصرف فى ملك الله بغير إذنه، وهذا باطل.

(جـ) أدلة أصحاب الرأى الأول:

اســـتدل أصـــحاب الرأى الأول القائلين بأن الأصل فى الأشياء

---

(١) روضة الناظر ص٣٨ .

(٢) من الآية رقم (١١٦) من سورة النحل.

(٣) إحياء علوم الدين جـــ٥ ص٨٢١ كتاب الشعب.

الإباحة، بالكتاب والسنة، والمعقول:

(١) الكتاب: قوله تعالى ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً ﴾ (١) ووجه الاستدلال أن الله تعالى امتن علينا بخلق ما فى الأرض لنا وأبلغ درجات المن الإباحة.

(٢) وقوله تعالى:﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ ﴾ (٢) ووجه الدلالة أنه سبحانه أنكر على من حرم ذلك، فوجب أن لا تثبت حرمته، وإذا لم تثبت حرمته ككل، امتنع ثبوت الحرمة فى فرد من أفراده، لأن المطلق جزء من المقيد، فلو ثبتت الحرمة فى فرد من أفراده، ثبتت الحرمة فى زينة الله وفى الطيبات من الرزق، وإذا انتفت الحرمة بالكلية ، ثبتت الإباحة.

(٣) قوله تعالى: ﴿ قُلْ لا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ ﴾ (٣) فجعل الأصل الإباحة، والتحريم مستثنى(٤).

(٤) قوله تعالى:﴿ قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئاً وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً وَلا تَقْتُلُوا أَوْلادَكُمْ مِنْ إِمْلاقٍ نَحْنُ

---

(١) من الآية رقم (٢٩) من سورة البقرة .

(٢) من الآية رقم (٣٢) من سورة الأعراف .

(٣) من الآية رقم (١٤٥) من سورة الأنعام .

(٤) إرشاد الفحول ص٢٨٦ .

نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾ [1] ففــى هذه الآية وما بعدها بين سبحانه ما حرم، فدل ذلك، على إباحة ما سواه.

(٥) قولـــــه تعالى ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَاناً وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لا تَعْلَمُونَ ﴾ [2] حيث ذكر سبحانه ما حرم بطريق الحصر، فدل ذلك على إباحة ما سواه.

(٦) السنة: قولـــه ﷺ [ما أحل الله فهو الحلال، وما رحم فهو حـــرام، وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته، فإن الله لـــم يكـــن لينسى شيئاً] وتلا قوله تعالى [وما كان ربك نسياً].

(٧) قولـــه ﷺ [يأتى على الناس زمان لا يبالى المرء ما أخذ منه: أمن الحلال أم من الحرام] [3].

(٨) سئل النبى ﷺ عن الجبن، والسمن، والفراء فقال: [الحلال مـــا أحـــل الله فى كتابه، والحرام ما حرم الله فى كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه] [4] [فلا تتكلفوه].

---

(١) من الآية رقم (١٥١) من سورة الأنعام .

(٢) من الآية رقم (٣٣) من سورة الأعراف .

(٣) البخارى جـــ٤ ص٢٥٩ ، جامع الأصول جـــ١٠ ص٥٦٩ .

(٤) الترمذى رقم١٧٢٦ ،ابن ماجه رقم ٣٣٦٧، جامع الأصول جـــ١٠ ص٥٦٨

(٩) قولـــه ﷺ [أعظـم المسلمين جرماً من سأل عن شئ لم يحرم، فحرم من أجل مسألته] (١).

وفـــى هذه الأحاديث دلالة على أن الأصل فى الأشياء الإباحة، حتى يرد الشرع بخلاف ذلك.

(١٠) الدلـــيل العقلـــى: أن الانتفاع بالمباح لا ضرر فيه على المـــالك، وهـــو الله ﷻ قطعاً، ولا على المنتفع،فوجب أن لا يمتنع كالاستضاءة بضوء السراج، والاستظلال بظل الجدار.

(١١) إن الله ﷻ إمـــا أن يكـــون خلق هذه الأعيان، أو الأشياء لحكمـــة أو لغير حكمة، وكونه خلقها لغير حكمة باطل لقوله تعـــالى ﴿ وَمَا خَلَقْنَا السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لاعِبِينَ ﴾ (٢) وقوله سبحانه ﴿ أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثاً ﴾ (٣). والعبث لا يجوز على الله، فثبت أنه سبحانه خلقها لحكمة، ولا تخلو هذه الحكمـــة، إمـــا أن تكـــون لعود النفع إليه سبحانه، أو إلينا، والأول بـــاطل، لاســـتحالة الانـــتفاع عليه ﷻ ، فثبت خلقها لينـــتفع بهـــا المحـــتاجون إليها فعلى ذلك، كان نفع المحتاج مطلـــوب الحصـــول أينما كان، فثبت أن الأصل فى المنافع الإباحة(٤).

---

(١) فتح البارى جـــ٢٨ ص٢٦ .

(٢) من الآية رقم (٣٨) من سورة الدخان .

(٣) من الآية رقم (١١٥) من سورة المؤمنون .

(٤) إرشاد الفحول ص٢٥٧ .

الجواب عن أدلة القائلين بالحظر:

(١) يجاب عن الدليل الأول بما يلى:

إن الذين قالوا بالإباحة، لم يقولوا بذلك من جهة أنفسهم، بل قـــالوه سماعاً، بالدليل الذى استدلوا به من كتاب الله وسنة رسوله.

(٢) أمـــا حديـــث [الحلال بين..] فهو لا يدل على أن الأصل المـــنع، لأن المـــراد بالمشـــتبهات فى الحديث ما تنازعه دليلان: أحدهما يدل على إلحاقه بالحلال، والآخر يدل على إلحاقـــه بالحرام، كما يقع ذلك عند تعارض الأدلة، أما ما سكت عنه، فهو مما عفا الله عنه.

(٣) ويجـــاب عن الدليل العقلى: بأن التصرف فى ملك الغير لا يجـــوز بالنسبة للعباد، لأنهم يصيبهم الضرر عند التصرف فـــى أملاكهم بغير إذنهم . وأما بالنسبة لله ﷻ ، فذلك غير وارد لأنـــه ســـبحانه لا يصيبه ضرر بتصرف العباد فيما يملـــك ، ولم يرد دليل بالمنع ، ومن ثم فالراجح هو الرأى الأول لقوة أدلته، وسلامتها من الاعتراض . والله أعلم

أثر الخلاف وما يتخرج على ذلك:

(١) ويظهر أثر الخلاف فى المسكوت عنه، ويتخرج على هذه القاعدة ما أشكل حاله، كالحيوانات التى لم ينص الله ﷻ ، ولا رســـوله ﷺ ، على تحريمها أو تحليلها، لا بدليل عام، ولا خاص.

(٢) كذلك النباتات التى تنبتها الأرض ما لم يقم دليل على تحريمها، ولا كانت مما يضر مستعمله، بل مما ينفعه، فالحيوان المشكل أمره كالزرافة والفيل، وجهان: أصحهما فى الزرافة الحل.

(٣) والنبات المجهول سميته فيه خلاف، والأظهر الحل.

(٤) ومنها إذا لم يعلم حال النهر، هل هو مباح أو مملوك؟ هل يجرى حكم الإباحة عليه أو الملك؟ فيه وجهان:

(٥) ومنها: أنه لو دخل فى برجه حمام، وشك أهو مباح أو مملوك؟ فهو أولى به، وله التصرف فيه لأن الأصل الإباحة، إلا إذا كان مثله لا يوجد إلا مملوكاً فهو لقطة، فعليه تعريفه وحفظه حتى يأتى صاحبه.

(٦) ويتخرج على هذا الأصل كثير من الأطعمة والأشربة من النباتات والفواكه ، والحبوب التى ترد إلينا من بلاد بعيدة، ولا نعرف أسماءها، ولم يثبت ضررها.

(٧) ويتخرج عليها كذلك، كثير من أنواع الفرس والأثاث، والآلات المستحدثة فيما لا يندرج تحت نهى.

(٨) ويندرج عليها بعض أنواع العقود المستحدثة والمعاملات الجديدة ، إذا ثبت خلوها من الربا والجهالة، والغرر والضرر . إذ الأصل فى هذه الأموال قبولها للتصرفات[1].

---

(١) إحياء علوم الدين للغزالى جـ٥ ص٨٣٦ وما بعدها.

وجواز التراضى عليها، والصحيح عند الشافعية، أنه تجوز الصلاة فى الشوارع إذا لم يجد فيها نجاسة فإن طين الشارع طاهر، وأن الوضوء من أوانى المشركين جائز، وأن الصلاة فى المقابر المنبوشة جائز، ويدل على ذلك توضوء رسول الله ﷺ من مزادة مشركه وتوضوء عمر ﷺ من جرة نصرانية، مع أن مشربهم الخمر، ومطعمهم الخنزير، ولا يحترزون عما نجسه شرعنا، ومن تأمل أحوال الدباغين والقصارين والصباغين على أن الغالب عليهم النجاسة، والطهارة فى تلك الثياب محال، ولا يغسلونه ، مع أنه يداس بالبقر والحيوانات وهى تبول عليه وتروث. وهذا كله ليس بحرام، لأن الأصل الحل، ولا يرفع إلا بيقين.

المبحث الثامن

فى قاعدة: المشقة تجلب التيسير

****

وفيه خمسة مطالب

المطلب الأول:

فى تعريف القاعدة وتيسيرات الشارع

المطلب الثانى:

فى دليل القاعدة وتخفيفات الشرع

المطلب الثالث :

فى أنواع المشقات

المطلب الرابع :

فى أقسام الرخص

المطلب الخامس :

فى القواعد المندرجة تحت قاعدة المشقة تجلب التيسير.

المطلب الأول

فى تعريف القاعدة ، وتيسيرات الشارع

****

المعنى اللغوى: المشقة: التعَبُ والجهدُ والعناء، تقول: شقَّ علـى الأمـر يشـق شقا ومشقة أى ثقل على والاسم : الشق بالكسر والمشقة: هى الشدة: [1].

وشـق الأمـر شقا: صعب ، وشق الأمر على فلان أوقعه فى المشـقة أى العـناء[2] وجلب الشئ معناه سوقه والمجئ به من موضـع إلـى موضع والتيسير : السهولة والليونة . والانقياد، يكون ذلك للإنسان والفرس . واليسر ضد العسر، أراد إنه سهل سـمح قلـيل التشديد، والتيسير : يكون فى الخير والشر، وفى التـنزيل العزيـز: ﴿ فَسَنُيَسِّرُهُ لِلْيُسْرَى ﴾ [3] فهذا فى الخير وفيه ﴿ فَسَنُيَسِّرُهُ لِلْعُسْرَى ﴾ [4] وهذا فى الشر[5] ومنه وقوله ﷺ [إن الديـن يسـر ولـن يشـاد الدين أحد إلا غلبه فسددوا وقاربوا وأبشروا] أى سهل سمح[6].

---

(١) لسان العرب جـ٤ص٢٢٩٩ .

(٢) المعجم الوجيز لمجمع اللغة العربية ص٣٤٧-٣٤٨ ط خاصة بوزارة التربية.

(٣) من الآية رقم (٧) من سورة الليل .

(٤) من الآية رقم (١٠) من سورة الليل .

(٥) لسان العرب لابن منظور جـ٦ ص٤٩٥٧-٤٩٥٨ ط سابقة.

(٦)جامع الأصول جـ٦ ص٢١٤ ط دار القبلة للثقافة الإسلامية — جده.

المعنى الاصطلاحي: إن الأحكام التى ينشأ عن تطبيقها حرج على المكلف، فإن الشريعة تخففها بما يقع تحت قدرة المكلف دون عسر أو إحراج[1] ومن ثم فالمعنى أنه إذا وجد من التكاليف الشرعية شيئاً به مشقة ، حضر التيسير ليرفع تلك المشقة، وهذه من تيسيرات الشارع، وتيسيرات الشارع عدوها سبعة: وهى ما يلى:

(١) **السفر: هو لغة:** قطع المسافة[2] وشرعاً: هو الخروج على قصد مسيرة ثلاثة أيام ولياليها فما فوق بسير الإبل ومشى الأقدام، هذا عند فقهاء الحنفية[3] بينما قال فقهاء المالكية ، والشافعية والحنابلة ، مسيرة يومين بلا ليلة بينهما أو يوم وليلة[4] والمسافر معرض لمشاق السفر قال رسول الله ﷺ [السفر قطعة من العذاب][5] ومن ثم خفف الله عنه ولم يكلفه بما كلف به المقيمين ، فأذن له بقصر الصلاة، وتأخير الصوم إلى حين الإقامة[6].

---

(١) توضيح الأحكام من بلوغ المرام لعبد الله بن عبد الرحمن البسام جـ١ ص٦٢ ط: دار القبلة للثقافة الإسلامية –جدة.

(٢) التعريفات للجرجانى ص١٥٧ .

(٣) كشف الأسرار: جـ٤ ص٣٧٦ ، وفتح القدير جـ٢ ص٢٩ .

(٤) شرح المنهاج للمحلى جـ١ ص٢٥٩ ، المغنى جـ٢ ص٢٥٦ ، حاشية الدسوقى جـ١ ص٣٥٩ .

(٥) البخارى جـ٣ ص١٠ ، مسلم جـ٣ ص١٥٢٦ .

(٦) فتح القدير جـ٢ ص٣٥٠ ، الشرح الكبير للدردير جـ١ ص٥٣٤ ، شرح المحلى جـ٢ ص٦٤ ، المغنى جـ٣ ص٩٩

أنواع السفر:

والسفر نوعان:

الأول: ما يختص بالسفر الطويل، وهو ثلاثة أيام ولياليها، وهو القصر والفطر، والمسح أكثر من يوم وليلة.

الثانى: ما لا يختص بالطويل، والمراد به مطلق الخروج عن المصر، وهو ترك الجمعة والعيدين والجماعة والنفل على الدابة، وجواز التيمم ، واستحباب القرعة بين نسائه . والقصر عندنا للمسافر رخصة إسقاط بمعنى العزيمة، بمعنى أن الإتمام لم يبق مشروعاً حتى أثم به وفسدت لو أتم ، ولم يقصد على رأس الركعتين إن لم ينو إقامته قبيل سجود الثالثة[١].

(٢) المرض: وهو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص[٢] ولو كلف المريض بما يكلف به الأصحاء لشق عليه، فأباح الله تعالى له الصلاة قاعداً، وتأخير الصوم، وغير ذلك . والمرض: حالة للبدن يزول بها اعتدال الطبيعة، وأنه لا ينافى أهلية الحكم أى أهلية وجوب الحكم، سواء كان من حقوق الله تعالى أو من حقوق العباد، لأن المرض لا يخل بالعقل، ولا يمنعه عن استعماله فلذا صح نكاح المريض . والمرض من

---

(١) غمز عيون البصائر جـ١ ص٢٤٥-٢٤٦، الفوائد الجنية جـ١ ص٢٤٩ .

(٢) التعريفات للجرجانى ص١١١ ، وكشف الأسرار للبخارى جـ٤ ص٣٠٧ ، وتيسير التحرير جـ٤ ص٢٧٧ .

أســباب الحجر صيانة لحق الوارث وهو الثلثان ، وحق الغريم وهو قدر الدين إذا اتصل المرض بالموت مستنداً إلى أوله، فلا يصـــح إقراره لوارثه ، ولا وصيته بما زاد على الثلث، ويقدم دين الصحة على دين أقر به فيه . ورخصه كثيرة:

(١) منها: التيمم عند الخوف على نفسه أو على عضوه، أو من زيادة المرض، أو بطئه.

(٢) ومـــنها: القعــود فـــي صـــلاة الفرض، والاضطجاع فيها والإيمـــاء . والـتخلف، عن الجماعة مع حصول الفضيلة، والفطـــر في رمضان للشيخ الفاني مع وجوب الفدية عليه، والانـــتقال مـن الصـــوم إلى الاطعام في كفارة الظهار، والفطر في رمضان والخروج من المعتكف، والاستنابة في الحـــج وفـــي رمي الجمار، وإباحة محظورات الإحرام مع الفدية.

(٣) ومنها: التداوي بالنجاسات ،وإساغة اللقمة بالخمر إذا غص اتفاقاً ، وإباحة النظر للطبيب حتى العورة والسوأتين[1].

(٣) الإكـــراه: وهـــو حمل الغير على ما لا يرضاه بالوعيد[2] والمكـــره -بفتح الراء- متعرض لمحنة قد تؤدي به إلى الهـــلاك، ولـــذا خفف الله عنه فأباح له قطع الإحرام في

(١) غمز عيون البصائر للحموي جـ١ ص٢٤٦ ط سابقة ، الفوائد الجنية جـ١ ص٢٤٩-٢٥٠ .

(٢) شرح المنار لابن نجيم جـ٢ ص١٠٥ ، كشف الأسرار جـ٤ ص٣٨٢ .

الحج[1] وتناول ما يفطر وهو صائم[2] وقد قال رسول الله ﷺ [وقع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه] [3].

شروط الإكراه: شروط الإكراه سبعة : وهى:

(١) قدرة المكره – بكسر الراء– على تحقيق ما هدد به بولاية أو تغلب أو فرط هجوم.

(٢) عجز المكره – بفتح الراء– عن دفعه بهرب أو استغاثة ، أو مقاومة.

(٣) ظن المكرَه – بالفتح– أنه إن امتنع مما أكره عليه أوقع به المتوعد.

(٤) كون المتوعد مما يحرم تعاطيه على المكرِه – بالكسر–.

(٥) أن يكون عاجلاً.

(٦) أن يكون معيناً.

(٧) أن يحصل بفعل المكره عليه التخلص فى المتوعد به[4].

والإكراه يبيح الكفر،أى النطق بكلمة الكفر بشرط طمأنينة القلب بالإيمـــان لقوله تعالى: ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ ﴾ [5] لكن الأفضل الامتناع مصابرة على

---

(١)تيسير التحرير جـــ٢ ص٣٠٧ ، كشف الأسرار جـــ٤ ص٣٨٢ .

(٢) المراجع والمواضع السابقة.

(٣) ابن ماجه جـــ١ ص٦٥٩ ، الحاكم فى المستدرك جـــ٢ ص١٩٨ .

(٤) الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٤٧ .

(٥) من الآية رقم (١٠٦) من سورة النحل .

الديـــن واقـــتداء بالســـلف، والإكراه يبيح شرب الخمر استبقاء للمهجـــة والروح كما يباح لمن غص بلقمة أن يسيغها ولكن لا يجـــب . والـــزنا لا يـــباح بالقتل أى بالإكراه بالقتل اتفاقاً لأن مفسدته أفحش من الصبر على القتل، وسواء كان المكره رجلاً أو امـــرأة . وكذلك أيضاً لا يبيح الإكراه القتل اتفاقاً لأنه محرم لحق الله تعالى[1].

(٤) النسيان:

وهـــو عـــدم استحضـــار الشـــئ فى وقت الحاجة إلى استحضـــاره[2] فهو لا يزيل العقل ولا يمنعه من الإدراك كلياً، بـــل يمنعه من إدراك جزئية، كأن ينسى أداء الصلاة أو ينسى أنـــه صائم فيأكل . والناسى لا يأثم لكنه يطالب بقضاء ما نسى أداءه لقـــول النبى ﷺ [إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه][3] وقد بين العلماء أن المراد وضع إثم ما حصـــل أثناء الخطأ والنسيان والإكراه[4] والنسيان يشمل السهو عند الحكماء، فإن اللغة لا تفرق بينهما، وهو لا ينافى الوجوب

---

(١) الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٤٧ المرجع السابق.

(٢) تيســـير الـــتحرير جـــ٢ ص٢٦٣ ، شرح المنار لابن نجيم جـــ٢ ص٨٨ ، التعريفات للجرجانى ص١٢٦ .

(٣) سنن ابن ماجه جـــ١ ص٦٥٩ ، الحاكم فى المستدرك جـــ٢ ص١٩٨ .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٢٠٧ ، تيسير التحرير جـــ٢ ص٢٦٤ ، شرح المنار لابن نجيم جـــ٢ ص٨٨ .

لكمـــال العقل، والنسيان ليس عذراً فى حقوق العباد، فلو اتلف مال إنسان يجب عليه الضمان.

والنســيان: عــذر فـــى حقوق الله تعالى، حيث يسقط الإثم أما الحكم فإن كان مع مذكر ولا داعى إليه كأكل المصلى فلا يسقط الحكم لتقصيره، بخلاف سلامه فى القعدة الأولى لأنه محله، أو لا مذكــر، مع داع كأكل الصائم فيسقط الحكم، وكالتسمية على الذبــيحة ، فإن ذبح الحيوان يوجب هيبة وخوفاً لنفور الطبع ، فتكـــثر الغفلة عن التسمية فى تلك الحالة لاشتغال قلبه بالخوف.

وقد اتفقوا على أن النسيان غير عفو فى مسائل : هى:

(١) لو نسى المحدث غسل بعض الأعضاء.

(٢) لو صلى قاعداً متوهماً عجزه عن القيام ناسياً قدرته على القيام.

(٣) إذا حكم الحكم بالقياس ناسياً النص.

(٤) لو نسى الرقبة فى الكفارة فصام.

(٥) لو توضأ بماء نجس ناسياً.

(٦) لو فعل محظورات الإحرام ناسياً[١].

(٥) الجهل:

هـــو عدم العلم بما من شأنه أن يعلم[٢] والجاهل تام العقل مـــدرك للأمور، ولكنه لم يدرك حكماً شرعياً لسبب ما، والذى

---

(١) غمز عيون البصائر جـــ١ ص٢٤٧ ط سابقة ، الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٤٧ ط سابقة.

(٢) التعريفات للجرجانى ص٤٣ ، وتيسير التحرير جـــ٤ ص٢١١ ، شرح المنار جـــ٢ ص١٠٤ .

يعنيــنا هنا هو الجهل بوجوب العبادات المفروضة، والجهل إما أن يكــون بســبب تقصير صاحبه كمن نشأ فى بلاد الإسلام ثم جهل وجوب بعض العبادات، فهذا مؤاخذ على ترك الواجبات ، مطالــب بقضاء ما فاته . وإن لم يكن الجاهل مقصراً كمن نشأ فى دار الحرب بحيث لو سأل عن الواجبات الشرعية لما وجد مــن يعلمــه وهذا العذر أصبح اليوم نادراً نظراً لانتشار العلم وســهولة الاتصــال بديــار الإسلام، وهذا غير مؤاخذ بجهله، واخــتلف فــى وجوب القضاء عليه(1) والجهل: هو الذهول أى الغفلــة عــن الشــئ بمعــنى عدم حصول الشئ فى المدركة والحافظــة والنســيان أصــلاً، فخرج السهو إذ هو زواله عن المدركة مع بقائه فى الحافظة والنسيان إذ هو زواله عنهما معاً بعــد حصوله فيهما، فمن جهل الحكم كالكلام القليل فى الصلاة فــلا تبطل صلاته بشرط أن لا يزيد على ست كلمات أخذاً من حديث ذى اليدين لقوله ﷺ [رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه] (2) والمرد بالأمة فى الحديث هى أمة الأجابة. وكان بنو اسرائيل إذا نسوا شيئاً مما أمروا به وأخطأوا عجلت بهم العقوبة ، والخطأ: هو أن يقصد بفعله شيئاً فيصادق غير ما قصــد ، والنســيان: تــرك الفكر بلا قصد بعد حصول العلم .

---

(1) تيسير التحرير جـ٤ ص٢٢٥ ، شرح المنار جـ٤ ص١٠٤ ،١٠٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص٢٢٠ .

(2) الفوائد الجنية جـ١ ص٢٤٨ ، وقد سبق تخريج الحديث.

ومعـــنى مـــا اســـتكرهوا علـــيه أي فعل صدر منهم بالإكراه والإجبار، والمرفوع هنا هو المؤاخذة[1].

(٦) العسر وعموم البلوى:

كالصلاة مع النجاسة المعفو عنها، كما في دون ربع الثوب مـــن مخففه، وقدر الدرهم من المغلظة أي كعرض الكف، ونجاسة المعـــذور الـــتي تصـــيب ثـــيابه، وكان كلما غسلها خرجت، ودم البراغيث والبق في الثوب وإن كثر، وبول ترشش على الثوب قدر رؤوس الإبـــر، وهذه الأشياء وإن كانت طاهرة لكنها ذكرت على سبيل الاستطراد لأنها مختلف في طهارتها، وليست محل اتفاق[2].

(٧) النقص:

النقص: نوع من المشقة، إذ النفوس مجبولة على حب الكمال، فناســـب التخفـــيف في التكليفات فمن ذلك عدم تكليف الصبي والمجـــنون، ففوض أمر أموالهما إلى الولي، وتربيته وحضانته إلـــى النســـاء رحمة عليه، ولم يجبرهن على الحضانة تيسيراً عليهـــن، وعـــدم تكليف النساء بكثير مما وجب على الرجال، كالجماعـــة والجمعة، فالجماعة على الرجال سنة مؤكدة، وقيل واجبة، وهي على النساء مكروهة ، والجهاد ، يعني إذا لم يكن النفـــير عاماً إذ لو كان عاماً وجب على المرأة أن تخرج بغير إذن زوجها، وإباحة لبس الحرير وحلي الذهب وتحمل العقل[3].

---

(١) الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٤٨ ط سابقة.

(٢) غمز عيون البصائر جـــ١ ص٢٤٨ ط سابقة، الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٤٩ ط سابقة.

(٣) غمز عيون البصائر جـــ١ ص٢٦٦-٢٦٧ ط سابقة ، الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٥٠-٢٥١ ط سابقة.

المطلب الثاني

في دليل القاعدة ، وتخفيفات الشرع

(أ) [illegible]

[illegible]

[illegible]

مشـــقه . وقوــله تعالى:﴿ لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ (٢) وقال أيضاً:﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ (٣) وقوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ ﴾ (٤) وقوله ﷺ : [أحب الدين إلى الله تعـــالى الحنيفــية السمحة] (٥) قال العلماء: يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته.

وقال عليه الصلاة والسلام [بعثت بالحنيفية السمحة] وقال عليه الصـــلاة والسلام [إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين] (٦) ومعــنى الحنيفــية أي المائلة عن الباطل إلى الحق، والسماحة

---

(١) من الآية رقم (٧٨) من سورة الحج .

(٢) من الآية رقم (٢٨٦) من سورة البقرة .

(٣) من الآية رقم (١٨٥) من سورة البقرة .

(٤) من الآية رقم (٢٨) من سورة النساء .

(٥) أخرجه الإمام أحمد في مسنده

(٦) [illegible]

تعنى التيسير.

وخــبر [يسروا ولا تعسروا] وروى أحمد : [إن دين الله يسر ثلاثــاً] وروى ابن مردويه [إن الله أراد بهذه الأمة اليسر ولم يرد بهم العسر] [1].

(ب) فــي بيان تخفيفات الشرع: تخفيفات الشرع أنواع: بيانها كما يلي:

(١) تخفيف الإسقاط:

مــثاله، إســقاط الجمعات، والصوم والحج والعمرة بأعذار شرعية معروفة.

(٢) تخفيف التنقيص:

مــثاله كقصر الصلاة، وتنقيص ما عجز عنه المريض مــن أفعال الصلوات كتنقيص الركوع والسجود وغيرهما إلى القدر الميسور من ذلك.

(٣) تخفيف الأبدال:

مــثاله ابدال الوضوء والغسل بالتيمم، وابدال القيام فى الصلاة بالقعود، والقعود بالاضطجاع والاضطجاع بالإيماء.

(٤) تخفيف التقديم:

كــتقديم العصــر إلى الظهر، والعشاء إلى المغرب فى السفر والمطر، وكتقديم الزكاة على حولها والكفارة على حنثها.

---

(١) يــراجع هذه الأحاديث الفوائد الجنية جــ١ ص٢٤٥ ، توضيح الأحكام من بلوغ المرام جــ١ ص٦٢ ، غمز عيون البصائر جــ١ ص٢٤٥ .

(٥) تخفيف التأخير:

كتأخير الظهر إلى العصر، والمغرب إلى العشاء، ورمضان إلى ما بعده.

(٦) تخفيف الترخيص:

كصلاة التيمم مع الحدث وصلاة المستجمر مع فضلة النجو، وكأكل النجاسات للمداوة، والتلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه(١).

المطلب الثالث

فى أنواع المشقات

****

أنواع المشاق الموجبة للتخفيفات الشرعية

المشاق ضربان:

أحدهما: مشقة لا تنفك العبادة عنها، كمشقة الوضوء، والغسل فى شدة السبرات- البرودة الشديدة- وكمشقة إقامة الصلاة فى الحر والبرد، ولا سيما صلاة الفجر، وكمشقة الصوم فى شدة الحر وطول النهار، وكمشقة الحج التى لا انفكاك عنها غالباً . وكمشقة الاجتهاد فى طلب العلم، والرحلة فيه . وكذلك المشقة فى رجم الزناة وإقامة الحدود على الجناة ، ولا سيما فى حق الآباء والأمهات والبنين والبنات ، فإن فى ذلك مشقة عظيمة

---

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للعز بن عبد السلام جـ٢ ص٨-٩ ط دار الجيل ، الفوائد الجنية جـ١ ص٢٥٥-٢٥٨ ط سابقة ، غمز عيون البصائر جـ١ ص٢٦٥ وما بعدها.

علـــى مقـــيم هذه العقوبات بما يجده على الرقة والمرحمة بها للســـراق والزناة والجناة من الأجانب والأقارب البنين والبنات، ولمـــثل هـــذا قال تعالى:﴿ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ ﴾ وقـــال علـــيه الصـــلاة والسلام: " لو أن فاطمة بنت محمد ﷺ ســـرقت لقطعـــت يدها" وهو ﷺ أولى بتحمل هذه المشاق من غيره لأن الله ﷻ وصفه فى كتابه العزيز بأنه بالمؤمنين رءوف رحـــيم، فهـــذه المشـــاق كلهـــا لا أثر لها فى إسقاط العبادات والطاعـــات ولا أثر لها فى تخفيفها، لأن هذه المشاق لو أثرت فـــى الإسقاط أو التخفيف لفاتت مصالح العبادات والطاعات فى جميع الأوقات أو فى غالب الأوقات ، ولفات ما رتب عليها من المثوبات الباقيات ما دامت الأرض والسموات.

الضرب الثانى: مشقة تنفك عنها العبادات غالباً:

وهذه المشقة الثانية أنواع: بيانها فيما يلى:

النوع الأول: مشقة عظيمة فادحة:

ومثالها ، مشقة الخوف على النفس، والأطراف، ومنافع الأطـــراف، فهذه مشقة موجبة للتخفيف والترخيص، لأن حفظ المهـــج والأطـــراف لإقامة مصالح الدارين أولى من تعريضها للفوات فى عبادة أو عبادات ثم تفوت أمثالها.

النوع الثانى: مشقة خفيفة:

مـــثالها: أدنـــى وجع فى إصبع، أو أدنى صداع أو أدنى سوء مـــزاج خفـــيف، فهـــذه المشقات لا ينظر ولا يلفت إليها، لأن

تحصـــيل مصالح العبادة أولى من دفع مثل هذه المشقة التى لا لفتة إليها.

النوع الثالث: مشاق واقعة بين هاتين المشقتين:

وهــذا النوع مختلف فى الخفة والشدة . فما دنا منها من المشقة العليا أوجب التخفيف ، وما دنا منها من المشقة الدنيا لم يوجـب التخفيف إلا عند أهل الظاهر، كالحمى الخفيفة، ووجع الضـرس البســير وما وقع بين هاتين الرتبتين ، مختلف فيه، مـــنهم مـــن يلحقه بالعليا، ومنهم من يلحقه بالدنيا، فكلما قارب العلــيا كـــان أولى بالتخفيف، وكلما قارب الدنيا كان أولى بعدم التخفــيف، وقــد توســط مشاق بين الرتبتين بحيث لا تدنو من أحدهما، فقد يتوقف فيها، وقد يرجح بعضها بأمر خارج عنها، وذلك كابتلاع الدقيق فى الصوم، وابتلاع غبار الطريق وغربلة الدقيق لا أثر له لشدة مشقة التحرز منها، ولا يعفى عما عداها مما تخف المشقة فى الاحتراز عنه(١).

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام للإمام المحدث الفقيه سلطان العلماء أبى محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمى المتوفى سنة٦٦٠ هـ جـ١ ص ٩-١٠ ط دار الجـيل – بيروت-لبنان ، الفروق للقرافى جـ١ ص١١٨-١١٩ ط عالم الكتب ، الفوائد الجنية المرجع السابق.

المطلب الرابع

فى أقسام الرخص

****

تعريف الرخصة:

الرخصة فى اللغة: التسهيل فى الأمر والتيسير[1] .

والرخصة فى الشرع: ما شرع من الأحكام للتخفيف عن العباد فى أحوال خاصة [2] أو هو تغير الحكم من صعوبة إلى سهولة لعذر مع قيام السبب[3] والرخصة أنواع خمسة: بيانها كما يلى:

أقسام الرخص:

النوع الأول: رخصة واجبة:

النوع الأول من أنواع الرخصة – رخصة واجبة الفعل مثالها:كأكل المضطر من الميتة – حتى ولو كانت الميتة خنزير أو غــيره مــن المحظورات – لمن غلب على ظنه الهلاك – المــوت – وكــذا لــو جوز تلف النفس أو سلامتها . فقد تغير الحكــم هــنا من صعوبة التحريم إلى سهولة الوجوب لموافقته لغــرض النفس، لعذر الاضطرار، مع قيام سبب التحريم حال الحــل، وهــو الخبث. قيل: إن أكل الميتة عزيمة لا رخصة،

---

(١) المعجم الوجيز ص٢٥٩ ط سابقة.

(٢) أصول التشريع الإسلامي لأستاذ على حسب الله ص٣٩٥ .

(٣) الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٥٩ ط سابقة.

ووجه ذلك، أنه عزيمة من حيث الوجوب، ورخصة من حيث الدليل المانع[1].

النوع الثاني: رخصة سنة:

ومثالها، القصر للمسافر، والقصر هو ترك الإتمام للمسافر إن كانت مسافة تبلغ خمساً وثمانين من الكيلو مترات أو أكثر، ومثاله أيضاً الفطر – أي فطر المسافر في الصوم الواجب – أي سواء كان صوم رمضان أو غيره إذا كان واجباً . بشرط أن تكون مسافة السفر المسافة السابقة ،ويكون الفطر أفضل من الصوم إذا أجهده الصوم وأتعبه . وأما إذا لم يجهده بأن لا يشق عليه مشقة قوية فالأولى له الصوم ،وكان الفطر في حقه خلاف الأولى.

النوع الثالث: الرخصة المباحة:

مثالها، السلم، فإنه قد رخص تيسيراً للمحتاجين ليتوصلوا إلى مقاصدهم من الأثمان قبل إدراك غلاتهم مع توصل صاحب النقود إلى مقصوده من الربح، ومثل السلم، المساقاة ، والقراض، والعرايا، ومن أمثلة الرخص المباحة في العبادات تعجيل الزكاة، فقد رخص للعباس بالتعجيل ، ومنها:ترك الجماعة بالأعذار المعروفة ، ومثل أيضاً، الصلح والإجارة، والمراد بكون السلم والصلح والإجارة رخصاً

---

(١) الفوائد الجنية جـ١ ص٢٦٠ ط سابقة.

باعتبار أصولها لا بالنظر إلى ما يطرأ عليها، وإلا فلا، أى أن لم نقل باعتبار أصولها، فلا يصح، لأنها قد تكون واجبة أى قد تكـون الرخصة محرمة فى باب الصلح قال ﷺ [الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً، وحرم حلالاً] (١) فالصلح الذى يحلل الحرام كأن يصالح على خمر، والذى يحرم الحلال كأن يصالح على أن لا يتصرف فى المصالح به.

النوع الرابع: رخصة تركه هو الإثم:

هــذه هى رابعة أقسام الرخص، وهى خلاف الأولى أى وفعله خلاف الأولى أى مخالفة، ومثاله، الجمع بين الصلاتين، فــإن الافراد أولى خروجاً من خلاف أبى حنيفة فإنه منعه، إلا لمن وجد فى نفسه كراهته أى تركه مكروه، ففعله حينئذ أفضل من تركه أو تفويت الجماعة لو تركه فهو حينئذ أفضل أى وإلا لمــن يغلب على ظنه أنه لو ترك الجمع فاتته الجماعة فالجمع أفضــل من تركه، ومن الرخص التى تعد خلاف الأولى فطر المســافر الــذى لا يجهده الصوم، والمسح على الخف، والتيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل، وهو قادر عليه.

النوع الخامس: رخصة مكروهة:

الرخصة المكروهة ، كالقصر فى دون مسافة القصر أى فعــل كل من الجمع والقصر فى مرحلة أقل من مراحل القصر

---

(١) رواه ابن حبان وصححه.

والجمـــع مكـــروه، خـــروجاً من خلاف أبى حنيفة، فإنه يمنعه ومعنى ذلك أن الأفضل ترك القصر والجمع وفعله مكروه[1].

فـــائدة: المشقة والحرج، إنما تعتبران فى موضع لا نص فيه، وأما مع النص بخلافه فلا[2].

المطلب الخامس

فى القواعد المندرجة تحت قاعدة

"المشقة تجلب التيسير"

****

أولاً: قاعدة : " إذا ضاق الأمر اتسع"

ثانياً: قاعدة : " إذا اتسع الأمر ضاق"

هاتـــان قاعدتان متقابلتان، ومعناهما: أنه إذا ظهرت مشقة فى أمر، فيرخص فيه ويوسع فإذا زالت المشقة، عاد الأمر إلى ما كـــان، أى أنـــه إذا حصـــلت ضـــرورة عارضة للشخص أو للجماعـــة،أو طـــرأ ظرف استثنائى،أصبح معه الحكم الأصلى للحالات العادية، محرجاً للمكلفين،ومرهقاً لهم،حتى يجعلهم فى ضـــيق من التطبيق،فإنه يخفف عنهم، ويوسع عليهم،حتى يسهل مـــا دامـــت تلـــك الضـــرورة قائمـــة، فإذا انفرجت الضرورة وزالت،عاد الحكم إلى أصله،وهذا معنى، إذا اتسع الأمر ضاق.

---

(١) الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٥٩ وما بعدها.

(٢) غمز عيون البصائر جـــ١ ص٢٧١ .

مـــثال ذلك، لو تحقق عسر مديون، لا كفيل له، بالمال، فـيرخص بالتأدية وقت اليسر، ولو ثبت عدم اقتداره على دفع الديــن، دفعـــة واحدة، فيرخص له بتأدية الدين مقسطاً كذلك، ومعنى ذلك أنه يجب إنظار المعسر إلى الميسرة.

أدلة القاعدتين:

لهاتين القاعدتين أدلة كثيرة من الكتاب، والسنة: بيانها كما يلي:

أولاً: مـــن الكـــتاب: قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوّاً مُبِيناً* وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِنْ وَرَائِكُمْ وَلْتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ وَدَّ الَّذِينَ كَفَرُوا لَوْ تَغْفُلُونَ عَنْ أَسْلِحَتِكُمْ وَأَمْتِعَتِكُمْ فَيَمِيلُونَ عَلَيْكُمْ مَيْلَةً وَاحِدَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ كَانَ بِكُمْ أَذًى مِنْ مَطَرٍ أَوْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَنْ تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ وَخُذُوا حِذْرَكُمْ إِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْكَافِرِينَ عَذَاباً مُهِيناً* فَإِذَا قَضَيْتُمُ الصَّلَاةَ فَاذْكُرُوا اللَّهَ قِيَاماً وَقُعُوداً وَعَلَى جُنُوبِكُمْ فَإِذَا اطْمَأْنَنْتُمْ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ كَانَتْ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ كِتَاباً مَوْقُوتاً ﴾ (١)..

ففـــي الآيتيـــن الأوليين دليل القاعدة الأولى حيث إن الله ﷻ، خفـــف عن المؤمنين في حال الخوف، فأباح لهم قصر الصلاة، وتغيـــير كيفـــية أدائها، وشرع لهم صلاة الخوف . وفي الآية

(١) من الآية رقم (١٠١، ١٠٢، ١٠٣) من سورة النساء .

الثالثة، دليل القاعدة الثانية، حيث أمرهم سبحانه عند الاطمئنان وزوال حالة الخوف بإتمام الصلاة وأدائها على كيفيتها الأصلية(1).

ثانياً: من السنة: وهو ما روى عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت: سمعت عائشة -رضى الله عنهما- تقول: دف ناس من أهل البادية حضرت الأضحى فى زمان رسول الله -ﷺ-، فقال رسول الله-ﷺ- : " ادّخروا الثلث وتصدقوا بما بقى" قالت: فلما كان بعد ذلك قيل لرسول الله -ﷺ-: يا رسول الله لقد كان الناس ينتفعون من ضحاياهم، ويحملون منها الودك، ويتخذون منها الأسقية. فقال رسول الله -ﷺ-" وما ذاك؟، أو كما قال، قالوا: يا رسول الله -ﷺ-: نهيت عن إمساك لحوم الضحايا بعد ثلاث، فقال رسول الله -ﷺ- : " إنما نهيتكم من أجل الدافة التى دفت عليكم، فكلوا وتصدقوا، وادخروا"(2) وفى رواية ... قال رسول الله -ﷺ- " إنا كنا نهيناكم عن لحومها أن تأكلوها فوق ثلاث لكى تسعكم ، فقد جاء الله بالسعة، فكلوا وادخروا"(3) ووجه الدلالة أنه -ﷺ- نهى عن ادخار لحوم الأضاحى فوق ثلاث ، أو فوق الثلث، لما ضاق الأمر للحاجة ، فلما اتسع الأمر، وزالت الحاجة ، رجع الأمر إلى أصله ، فأباح لهم

---

(1) الوجيز ص١٤١.

(2) أبو داود رقم ٢٨١٢ حـ٢ ص٩٩.

(3) المرجع السابق حـ٢ ص١٠٠.

الادخار، والانتفاع كما كانوا قبل ذلك[1].

فروع القاعدة : من جملة ما تفرع عليها غير ما تقدم ما يلى:-

(١) جواز دفع السارق، والباغى ما أمكن، إلى أن يندفع شره، ولـــو بالقتل ، ولذا قال سيدنا على بن أبى طالب -ﷺ- وكرم الله وجهـــه " لا تتـــبعوا مولياً ، ولا تجهزوا على جريح ، لأن القصـــد مـــن القتال كان رفع الضرر، وقد حصل بهربه ، أو جرحه، فلا يجوز الزيادة عليه، لأن ما جاز لعذر امتنع بزواله ، ولأن الضـــرورة تقـــدر بقدرها ، وهى قاعدة شرعية يقرب معناها من هذه القاعدة.

والسرقة: لغة: أخذ الشيئ من الغير خفية.

وفى الشرع لها تعريفان:

الأول: باعتبار كونها محرمة : وهى أخذ الشيئ من الغير خفية ، بغير حق ، نصاباً كان أم لا.

الـــثانى: باعتبار ترتب حكم شرعى عليها- وهو القطع. وهى أخـــذ مكلـــف ، نـــاطق ، بصير، عشرة دراهم جياد، أو مقدارهـــا ، مقصودة بالأخذ ظاهرة الإخراج ، خفية من صاحب يد صحيحة مما لا يتسارع إليه الفساد ، فى دار العدل، من حرز ، لا شبهة، ولا تأويل فيه[2].

والـــبغى: لغة مجاوزة الحد. ويأتى لغة بمعنى ، الفساد والكبر

---

(١) الوجيز ص١٤١-١٤٢.

(٢) القاموس الفقهى ص١٧١.

والاستطالة، والخروج على القانون، والحسد، والظلم، والضلال ونحو ذلك ، وجمعه بغاة: وهو الخارج على الإمام الحق، بغير حق[1].

(٢) وجوب إنظار المعسر إلى الميسرة.

والمعسر : ضد الموسر: وهو الذى لا فطرة عليه أو هو: من لم يفضل شيئ عن قوته، وقوت من تلزمه نفقته ليلة العيد ويومه[2]. والانظار : التأخير والأمهال[3].

(٣) جواز طعن المزكى فى الشهود ، وطعن المحدث فى الرواة.

(٤) جواز قبول شهادة الأمثل فالأمثل عند فقد العدالة، أو ندرتها.

(٥) عدم وجوب الخروج على الإمام الجائز إذا كان متغلباً ، وفى الخروج عليه مفسدة[4].

(٦) جواز الإجارة على الطاعات، كتعليم القرآن والأذان ، والإمامة ، حفظاً للشعائر من الضياع.

(٧) الأعذار الموجبة لفسخ الإجارة دفعا للضرورة.

(٨) شهادة القابلة على الولادة لضرورة حفظ الولد ونسبه.

(٩) إباحة أكل الميتة للمضطر ، أو أكل مال الغير على أن يضمنه حفظاً للحياة.

---

(١) القاموس الفقهى ص٤٠.

(٢) القاموس ص٢٥٠.

(٣) مختار الصحاح ص٦٦٦.

(٤) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص١٦٣-١٦٤.

(١٠) شـــهادة النساء والصبيان فى الحمامات والمواضع التى لا يحضـــرها الـــرجال دفعـــاً لحـــرج ضياع الحقوق، والأصـــل فـــى ذلـــك مـــتفق عليه، ولكنهم اختلفوا فى الفروع[١].

ثالثاً : قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"[٢].

هذه القاعدة لها ارتباط بقاعدتى : " لا ضرر ولا ضرار " و "المشقة تجلب التيسير".

(أ) مفهوم القاعدة :

(١) الضرورة لغة مأخوذة من الاضطرار. والضرورة: الحاجـــة، والشدة التى لا مدفع لها، والمشقة المبيحة لأكـــل الميـــتة. واضـــطر فلان إلى شيئ ، أحوجه وألجأه.

والاضطرار: الحاجة الشديدة، أو هو: حمل الإنسان على ما يضر، وفى العرف حمل الإنسان على أمر يكرهه[٣].

(٢) والمحظورات : جمع محظور ، وهو الحرام المنهى عـــن فعلـــه "وعلـــى ذلـــك يكون معنى القاعدة" أن الممنوع شرعاً يباح عند الضرورة.

---

(١) المجلة — شرح الأتاسى ص٥١-٥٢ ، الوجيز ص١٤٢-١٤٣.

(٢) الأشباه للسيوطى ص٨٣، ابن نجيم ص٨٥، المجلة مادة ٢١ الوجيز ص١٤٣

(٣) القاموس الفقهى ص٢٢٣.

(ب) دليل القاعدة:-

دلــيل هــذه القاعدة قوله تعالى:﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ [١].

وهــذه القاعدة تتعلق بالرخص الشرعية ، وهذه الرخص تتنوع إلى ثلاثة أنواع: بيانها كالتالى:

النوع الأول: رخصة إباحة:

هــذه الرخصة تفيد إباحة المرخص فيه، ما دامت حالة الضــرورة قائمة، كأكل الميتة للمضطر بقدر دفع الهلاك عند المجاعــة ، وأكــل لحــم الخنزير، وإساغة اللقمة بالخمر عند الغصـــة ، أو عــند الإكــراه الــتام بقتل أو قطع عضو، لأن الاضــطرر كمــا يــتحقق بالمجاعــة يتحقق بالإكراه التام، لا الناقص. فهذه الأشياء تباح عند الاضطرار لقوله تعالى:﴿ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [٢] أى دعتكم شدة المجاعة لأكلها والاستثناء من التحريم إباحة. وكما يتحقق الاضطرار بالمجاعة، يتحقق أيضاً بالإكــراه التام، فيباح التناول ، ويحرم الامتناع ، حتى لو امتنع حــتى مات أو قتل كان آثماً ، لأنه بالامتناع صار ملقياً بنفسه إلــى التهلكة ، وقد نهى عن ذلك وأما إن كان الإكراه بحبس أو قيد ، أو ضرب لا يخاف منه التلف، لا يحل له أن يفعل.

---

(١) من الآية رقم (١١٩) من سورة الأنعام.

(٢) من الآية رقم () من سورة .

النوع الثاني: رخصة رفع المأثم:

وهذه النوع من الرخص لا تسقط حرمته بحال ، أى أن الفعل يبقى حراماً ، لكن رخص في الإقدام عليه لحالة الضرورة كإتلاف مال المسلم ، أو الإفطار في رمضان أو إجراء كلمة الكفر على لسانه مع اطمئنان القلب بالإيمان [illegible] الإكراه [illegible] في [illegible] الرخصة [illegible] في تغيير حكم الفعل [illegible] المؤاخذة فقـط، لا فى تغيير وصفه أى حرمته، والامتناع عن الفعل فى هذا أفضل ، حتى لو امتنع فقتل كان مأجوراً.

النوع الثالث: أفعال لا تباح ولا يرخص فيها: [1].

أفعــال لا تباح ولا يرخص فيها أصلاً، لا بالإكراه التام ولا غـيره، كقــتل المســلم، أو قطع عضو منه، أو الزنا، أو ضــرب الوالديــن أو أحدهمــا . فهذه الأفعال، لا يباح الإقدام عليها، ولا ترتفع المؤاخذة ، ولا الإثم، لو فعل مع الإكراه؛ لأنه قد تعارض هنا مفسدتان روعى أشدهما بارتكاب أخفهما، فقتل المســلم أشــد مــن تهديده بالقتل ولو قُتل فى هذه الحالة كان مــأجوراً، ولو قَتَل كان ظالماً . لكن لو قَتَل فى هذه الحالة، هل يقــتص مــنه أو مــن المكره – بكسر الراء– أو من كليهما . خلاف بين الفقهاء؟

ولو زنا تحت الإكراه التام فإنه يسقط [illegible] الحد [illegible] لكن لا [illegible]

---

(١) قواعد الأحكام [illegible]

الإثم[١].

وعلى هذا فالضرورة فى النوع الأول ترفع حكم الفعل من المؤاخذة والصفة، لكن لا ترفع الضمان لو اضطر لأكل مال الغير.

والنوع الثانى: ترفع الضرورة المؤاخذة فقط لكن لا ترفع صفة الفعل، ولا الضمان.

وفى النوع الثالث: لا ترفع المؤاخذة ولا الصفة ولا الضمان، ولكن يدرأ الحد بالشبهة.

وبناء على ذلك فهذه القاعدة لا تتناول النوع الأخير لأنه لا يباح بحال من الأحوال، فهو مستثنى من هذه القاعدة، وهى إنما تتناول النوع الأول مع ثبوت إباحته ، والنوع الثانى مع بقاء حرمته والترخيص إنما هو فى رفع الإثم، كنظر الطبيب إلى ما لا يجوز انكشافه شرعاً من مريض أو جريح ، فإنه ترخيص فى رفع الإثم لا الحرمة وكالاضطرار لأكل مال الغير عند المخمصة فإنه لا يسقط حرمة مال الغير، بل يسقط الإثم ويجب عليه ضمانه ، أو الاستحلال من صاحبه[٢].

ويتفرع على هذه القاعدة ما يلى:-

(١) أخذ رب الدين، من مال المدين الممتنع من أداء الدين بغير إذنه ، إذا ظفر بجنس حقه.

(٢) يجوز دفع الصائل المعتدى، ولو أدى إلى قتله، إن لم يمكن الدفع بدونه.

---

(١) قواعد الأحكام جـ١ ص٩٢ المرجع السابق.

(٢) مجلة الأشباه مادة (٢٢) الأشباه لابن نجيم لوحه ١١٨.

المبحث التاسع

فى قاعدة "الضرر يزال"

****

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول:

" فى مفهوم القاعدة".

المطلب الثانى:

" فى أصل القاعدة".

المطلب الثالث:

"فى فروع القاعدة الفقهية"

المطلب الرابع:

" فى القواعد المندرجة تحت قاعدة "الضرر يزال".

المطلب الخامس :

" فى الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة".

المطلب الأول

" فى مفهوم القاعدة"

****

(أ) مفهوم القاعدة:

الضـــرر: الضيق ، ويأتى بمعنى العلة، تقعد عن جهاد قـــال تعـــالى:﴿ لا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ .....الآية ﴾ (١) والضرر : الفاحش فـــى بـــناء الجـــار، وهو كل ما يمنع الحوائج الأصلية ، يعنى المـــنفعة المقصـــودة من البناء ، كالسكنى ، أو يضر البناء أى يجلب له وهنا، ويكون سبب انهدامه(٢).

والضـــار: هو الذى يضر من يشاء من خلقه، حيث هو سبحانه خـــالق الأشياء كلها، خيرها وشرها، ونفعها وضرها، والضَّرُّ، والضُرُّ ، لغتان : ضد النفع ، والضَّرُّ: المصدر ، والضُرُّ: الإثم ، والضـــرُّ: ضد النفع ، والضُرُّ- بالضم الهزال وسوء الحال. وقولـــــه تعالى:﴿ وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنْبِهِ ﴾ (٣) وقال: ﴿ كَأَنْ لَمْ يَدْعُنَا إِلَى ضُرٍّ مَسَّهُ ﴾ (٤) فكل ما كان من سوء حال

---

(١) من الآية رقم (٩٥) من سورة النساء.

(٢) القاموس الفقهى ص٢٢٣، القاموس المحيط حـــ٢ ص٧٥.

(٣) من الآية رقم (١٢) من سورة يونس .

(٤) من الآية رقم (١٢) من سورة يونس.

وفقر أو شدة فى بدن فهو ضر، وما كان ضد النفع فهو ضَرٌ ، وقولـــه تعالى:﴿ لا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْئاً ﴾ [1] من الضرر: وهو ضد النفع[2].

والضرر: كل ما ليس ينفع ، والضرر يزال: جملة خبرية لفظاً ، إنشـــائية معـــنى ، لأن الأخـــبار فى كلام الفقهاء للوجوب ، فـــيكون المراد بها الإنشاء أى أن الأضرار يجب إزالتها ، بل هـــى مـــزالة مـــن الله ابتداء ودوامها، وليس هناك تكليف فيه ضرر، لأنه مزال ومرفوع شرعاً: وكذلك الإنسان مكلف ، بأن يـــزيل الضـــرر عن نفسه ، لأن نفسه ليست ملكاً له ، بل هى مملوكـــة لله ﷻ ، لأنـــه خالقهـــا وبارئها. ولا يجوز أن يلحق الضـــرر بغـــيره، لأنه ظلم، والظلم حرام، وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع.

وإطلاق الضرر يفهم منه، أن التحريم ليس قاصراً على **الأضـــرار الواقعـــة بالفعل، بل يشمل ما كان منها** ابتداء بعدم **تشـــريع حكم يلزم منه ضرر سواء كان ذلك الحكم تكليفيا أو وضـــعياً ، كمـــا يشـــمل أيضاً الضرر** الحاصل بسبب الأعذار الطارئة ، **وما كان بالتدارك ، أى بتشريع الأحكام التى** يتدارك

(١) من الآية رقم (١٢٠) من سورة آل عمران .

(٢) لسان العرب لابن منظور حـــ١ ص٢٧٤ ط دار المعارف، المنجد فى اللغة ص ٤٦٣.

بهـا الضـــرر الحاصــل كأنه لم يحدث[1] ويدخل تحت قاعدة: "الضـــرر لا يــزال بالضرر" فهى قيد عليها ، أى أن الضرر يــزال، ولكــن لا بضـــرر، لأنه لو أزيل الضرر بالضرر لما صدق: الضرر يزال[2].

فشأنها معها ، كشأن الأخص مع الأعم.

تفسير القاعدة:

وتفســير القــاعدة: لا يضــر الرجل أخاه ابتداء ، ولا جــزاء[3] والتفسير: أن الضرر تجب إزالته ، لأن الضرر ظلم وغدر ، والواجب عدم إيقاعه ، لأن الأضرار مرفوعة ومزالة، ولا يحق أن تقع أصلاً[4].

---

(١) فواتح الرحموت للانصارى ص٣١٤

(٢) الأشباه لابن السبكى حـــ١ ص٣٩، والسيوطى ص٩٢.

(٣) غمز عيون البصائر حـ١ ص٢٧٤ ط سابقة.

(٤) قواعد الفقه الإسلامي ص١٥٣.

المطلب الثانى

"فى أصل القاعدة"

****

ثبتت حجية هذه القاعدة ، بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول.

أولاً: الكتاب:

(١) قــال تعــالى فــى شــأن المطلقات:﴿ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا ﴾ (١) وقوله تعالى:﴿ وَلا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾ (٢) وقــال فى شأن الوصية بالدين﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ﴾ (٣). وقــال سبحانه فيما يتعلق بالبيع﴿ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ ﴾ (٤) ووجه الاستدلال من هذه الآيات الكريمة وغيرها، على تحريم الضرر ومنعه، وأنه منهى عــنه فــى الكتاب. وقد استدل الفخر الرازى على هذه القاعدة بقولــه تعــالى:﴿ وَلا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلاحِهَا﴾ (٥)، وعلى أســاس أن الضـــرر الـــذى ورد ذكره فى القرآن الكريم ليس منحصـــراً فـــى نطاق اللفظ التى تتكون مادته من الضرر ، بل

---

(١) من الآية رقم (٢٣١) من سورة البقرة.

(٢) من الآية رقم (٦) من سورة الطلاق.

(٣) من الآية رقم (٦٣) من سورة النساء.

(٤) من الآية رقم (٢٨٢) من سورة البقرة.

(٥) من الآية رقم (٥٦) من سورة الأعراف.

ورد بصــور وأشــكال مختلفة مما يؤدى معنى الضرر. ومن يســتقرئ أحكــام الشــريعة فى كل جزئياتها، يدرك تماماً أن الشــارع الحكيم، قصد من ذلك، تحريم كل أنواع الضرر وأن هــذه الجزئيات ، تندرج تحت كلى، يمكن أن يرجع إليه كل ما كان من هذا القبيل.

ثانياً: السنة :

(١) قوله -ﷺ- "لا ضرر ولا ضرار"[١].

ووجه الدلالة من هذا الحديث ، أن الرسول -ﷺ- نفى الضرر مطلقاً ، لأنه نكرة فى سياق النهى فيعم . فلا يكون النفى واقعاً علــى الإمكــان، ولا على الوقوع الفعلى، لأن كلا من الضرر والضرار واقع وموجود بكثرة، فلا يصح أن يراد نفى ذلك، أو إذا انــتفى أن يكون المراد نفى الإمكان،أو الوقوع ، فتعين أن يكون المراد به ، أنه لا يجوز الضرر والضرار فى ديننا وإذا انتفى الجواز ، ثبت التحريم[٢].

ومعنى الحديث: ينبغى ألا يكون هناك ضرر من إنسان لنفسه، ولا لغــيره وقــيل" الضرر " هو إلحاق مفسده بالغير مطلقاً ، والضرار : مقابلة الضرر بالضرر[٣].وفسره بعضهم*: " بأن لا

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٩٢، الأشباه لابن نجيم ص٨٥.

(٢) حاشية الشيخ بخيت على شرح الأسنوى جـ٤ ص٣٥٧.

(٣) المدخل الفقهى ص٩٧٧ ، شرح الأتاسي جـ١ ص٣٥٧.

يضـــر الـــرجل أخـــاه ابتداء ، ولا جزاء[1] والحديث نص فى تحــريم الضـــرر مطلقاً، لأن النفى بلا الاستغراقية يفيد تحريم ســائر أنــواع الضرر من الشرع، لأنه نوع من الظلم، إلا ما خــص بدليل، كالحدود والعقوبات [2] فالغرض من الحديث منع الضـــرر أيا كان . ولهذا فلا يجوز لأحد، أن يلحق الضرر لا بنفســـه، ولا بغـــيره، بل ولا يجوز أن يقابل الضرر بضرار، فكأن النبى ﷺ يقول : [لا تضروا، ولا تقابلوا الضرر بضرار] وهـــذه مرتـــبة علـــيا، إذا تـــم يقـــابل الإنسان أضرار الناس بالضرار[3] كما قال تعالى ﴿ فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴾[4] وخبر لا النافية هو كائن، أو جائز، أى لا ضرر جائز، ولا ضرار جائز فى الإسلام

ثالثاً: الإجماع: وأما الإجماع فهو قائم بين علماء المسلمين على مدلول هذه القاعدة، ولا نعلم أنهم اختلفوا فيه[5].

رابعـــاً: المعقول: قد ثبت عقلاً أن إباحة الضرر قبيحة، والقبيح يســـتحيل إن صدوره من البارى ﷻ ، ذلك لأن المولى تبارك وتعـــالى قد وصف نفسه بالرحمة، ووصف شرعه بأنه إصلاح

---

(١) غمز عيون البصائر جـــ١ ص١١٨ .

(٢) الأشباه للسيوطى ص٩٢ .

(٣) المدخل الفقهى ص٩٧٨-٩٨٠ ، الوجيز فى إيضاح القواعد ص٧٩ .

(٤) من الآية رقم (٤٠) من سورة الشورى .

(٥) قواعد الفقه الإسلامي للدكتور/ عبد العزيز عزام ص١٥٧ .

لشؤون العباد.

المراد بنفى الضرار:

المــراد بــنفى الضرار، نفى فكرة الثأر لمجرد الانتقام الذى يزيد فى الضرر،ويوسع دائرته ، فالإضرار ولو كان على سـبيل المقابلة لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً، وإنما يلجأ إليه اضــطراراً . فمن أتلف مال غيره، فلا يجوز أن يقابل بإتلاف مالــه، لأن فــى ذلــك توسعة للضرر بلا منفعة، وأفضل منه تضــمين المــتلف قــيمة ما أتلف. وهذا بخلاف الجناية على الــنفس، أو الــبدن، مما شرع فيه القصاص، لأن الجنايات لا يقمعها إلا عقوبة من جنسها[1].

العلاقة بين قاعدتى [الضرر يزال] وقاعدة [المشقة تجلب التيسير]

هناك علاقة بين قاعدة [الضرر يزال] وقاعدة [المشقة تجلب التيســير] فإن بينهما اتحاد، لأن المشقات أضرار، وقد رفعها الله تعالى بقوله﴿ **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** ﴾[2] ومــا لا حرج فيه، لا ضرر فيه . وعلى ذلك فإن قاعدة : [لا ضــرر ولا ضــرار] فى داخلها المشقة تجلب التيسير، فكل ما ينطــبق على هذه، ينطبق على تلك، لأن المشقات أضرار وقد رفعهــا الله تعــالى، فالمــريض والمســافر يسر الله لهما فى صــومهما، وصــلاتهما، فالمسافر يجوز له أن يقصر الصلاة،

---

(١) المدخل الفقهى ص٩٨ ، الوجيز ص٧٩ .

(٢) من الآية رقم (٧٨) من سورة الحج .

وهذا مما امتازت به الشريعة الغراء . فالذين يعيبون فى إقامة الحدود ويتهمون الشريعة بالعنف، وعدم الرحمة، وأنها لا تصلح للعصر الحديث، لم يفهموا الحكمة من مشروعيتها، ولو فهموا لأدركوا أنه يرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم ، فإقامة حد الزنا ضرر، ولكن عدم إقامته فيه ضرر أعظم، ألا وهو فساد الأمة، واختلاط الأنساب، لذا يطبق حد الزنا.

ومن ثم فإن هذه القاعدة وغيرها، مما هو فى معناها أساس لمنع الفعل الضار وترتب نتائجه فى التعويض المالى والعقوبة كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح فى جلب المصالح ودرء المفاسد، وهى عمدة الفقهاء وعدتهم فى تقرير الأحكام الشرعية للحوادث المستجده(١).

إعراب الحديث: وهو قوله ﷺ [لا ضرر ولا ضرار] (٢).

[لا] نافية للجنس . و(ضرر) اسمها مبنى على الفتح، وخبرها محذوف ، تقديره، جائز، أو كائن و (ضرر) مصدر ضر . وضرار مصدر ضرار، فيكون المعنى لا ضرر جائز، ولا ضرار جائز، أو كائن فى الإسلام ، والمنفى والحكم، لا المحل أى لا ضرر مباح فى دين الإسلام.

---

(١) قواعد الفقه الإسلامي ص١٥٨-١٥٩ المرجع السابق.

(٢) فيض القدير للمناوى جـ٦ ص٤٣١-٤٣٢ والمبين المعين لفهم الأربعين للفارس ص١٨٠-١٨٥ .

الفرق بين الضرر والضرار:

(١) الضرر: إلحاق مفسدة للغير مطلقاً ، بخلاف الضرار فهو إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة.

(٢) الضرر: فعل الواحد. والضرار فعل الاثنين.

(٣) الضرر: مصدر ضر . والضرار: مصدر ضار.

(٤) وقيل إنهما بمعنى واحد، وجمع بينهما للتأكيد فكأنه قيل: لا تضر.

والأول أولى ، لأنه إذا دار الأمر بين الحمل على التأسيس والتأكيد ، فحمله على التأسيس أولى.

(٥) الضرر: ابتداء الفعل . والضرار الجزاء عليه والمعنى ، لا تضروا أنفسكم، ولا غيركم[1].

---

(١)الفوائد الجنية جـ١ ص٢٦٧ ، غمز عيون البصائر جـ١ ص٢٧٤ ، التعريفات للجرجاني ص١٨٠ ، القاموس الفقهي ط سابقة.

المطلب الثالث

فى فروع القاعدة الفقهية

****

هـذه القـاعدة يبنى عليها فروع كثيرة من أبواب الفقه: كالرد بالعيـب، وجمـيع أنـواع الخـيارات، من اختلاف الوصف المشـروط، والـتعزير، وإفـلاس المشترى والحجر بأنواعه، والشفعة لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة، والقصاص والحدود، والكفـارات وضـمان المـتلفات، والقسـمة ، ونصب الأئمة والقضاة، ودفع الصائل، وقتال المشركين والبغاة، وفسخ النكاح بالعـيوب، والإعسار، إلى غير ذلك[1] مما فى حكمة شرعيته دفـع للضـرر إذ لا ضـرر ولا ضـرار وهذا إجمال، وإليك التفصيل والبيان.

(١) الرد بالعيب:

فـإذا دلس البائع على المشترى، بإخفاء العيب الموجود فـى السـلعة عند التعاقد، فالشارع أجاز له الرد بالعيب، لأن المشترى قصد بالشراء السالم الذى تندفع به حاجته على التمام، فكان له حق رد المبيع إذا تحققت شروط الرد بالعيب وهى:

١- أن يخفيه البائع. ٢- ألا يكون العيب ظاهراً وقت العقد

٣- ألا يعلم به. ٤- وأن ترد به فور علمه بالعيب.

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٩٢-٩٣ .

ضـــابط العيب: وضابط العيب الذى ترد به السلعة أن تنقص به عيـــن المبـــيع، أو منفعته نقصاً يفوت به غرض صحيح على المشـــترى، أو تنقص به القيمة بما لا يتغابن الناس بمثله . كما إذا ظهرت الدابة المشتراة عمياء أو عرجاء، أو العقار وقفاً أو ليتيم . ولكن إذا ظهر عند المشترى عيب جديد امتنع رد المبيع بالعيـــب القديم، لتضرر البائع بالعيب الحادث، إلا أن يرضى ، أو يرضى المشترى بالعيب القديم، إذا كان على وفق ما يناسب مصلحته ، ويحقق هدفه من غير ضرر ولا ضرار.

والعيب: الوصمة . وجمعه عيوب . هذا لغة . وشرعاً: هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة[1].

(٢) الخيارات:

تعريفه لغة واصطلاحاً:

الخـــيار لغـــة:طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه[2] وهـــو اســـم مصـــدر من الاختيار،واسم المصدر هو ما ساوى المصدر فى الدلالة على معناه وخالفه بخلوه لفظاً وتقديراً دون عـــوض من بعض ما فى فعله[3]ويقال:هو بالخيار، ويختار ما يشاء.

---

(١) القاموس الفقهى ص٢٦٨

(٢)لسان العرب جـــ٥ ص٣٥٠-٣٥١ ط الدار المصرية للتأليف والنشر.

(٣) حاشية الصبان جـــ٢ ص٢٨٧ .

الخـــيار فى الاصطلاح: هو طلب خير الأمرين من الإمضاء أو الفســخ[1]، لظهور مسوغ شرعى، أو بمقتضى اتفاق عقدى[2] ومــن هــذا يتبين بما لا يدع مجالاً للشك أن الشارع الحكيم قد شرع الخيار لحكمة جليلة ، وهى حاجة المتعاقدين إلى التروى ليــندفع الغبن ضماناً لرضا المتعاقدين ، وحفظاً لمصلحتهما، ودفعــاً للضرر الذى قد يلحق أحد المتعاقدين .فالخيار، مشروع للضــرورة ، أو الحاجة إليه . غير أنه قيد ذلك بشروط تحفظ للعقــد قيمــته فــلا يكون عرضة للنقض والإبطال بدون سبب صحيح[3].

أنواع الخيارات:

(١) خيار المجلس:

المجلــس: مكــان الجلوس، وجمعه مجالس، وقد يراد بالمجلس أهل المجلس[4] ومن ثم فالمجلس هو مكان الاجتماع الواقع فيه العقد على أى حال كان العاقدان عليها، وهو من الخيارات التى تثبــت بقوة الشارع . ويمكن تعريفه فى اصطلاح الفقهاء: بأنه حــق شرعى يثبت بمقتضاه لكل واحد من المتعاقدين الحق فى إمضــاء العقــد أو فســخه ما دام فى المجلس ما لم يتفرقا، أو

---

(١)تحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ٤ ص٣٣٢ .

(٢)الخيارات وأثرها فى التصرفات للدكتور/ أبو غدة ص٣ .

(٣)خيار العقد وتطبيقاته فى الفقه الإسلامي للدكتور الخطيب ص٢٩ .

(٤) القاموس الفقهى ص٦٤ .

يــتخايرا . فإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب[1] وهذا هو مذهب جمهور أهل العلم[2].

مذهب فقهاء الحنفية:

وأما فقهاء الحنفية، فلم يثبتوا خيار المجلس بناء على أنه ثبت بخبر الواحد،وخبر الواحد لا يجوز أن يثبت به حكماً زيادة على النص القرآني فقد ورد النص القرآني في قوله تعالى: ﴿ **وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ** ﴾[3] خالــياً من خيار المجلس ، فيكون قولــه ﷺ [البــيعان بالخــيار مـــا لم يتفرقا أو يقول: أحدهما لصـــاحبه: اخـــتر] [4] لأ وخيار المجلس عند فقهاء الحنفية هو خيار القبول وهو أن يقبل في مجلس العقد، بعد إيجاب الموجب . ويسمى أيضاً خيار المجلس[5].

جواب الجمهور على فقهاء الحنفية:

أجابوا بقولهم: إن السنة وظيفتها البيان والتوضيح ولا مانع من ثبوت خيار المجلس بالسنة عندهم، وليس في الآية ما يدل على عدم مشروعية خيار المجلس، إذ أنها تأمر بالإشهاد عند البيع،

---

(١)المحلى لابن حزم جـــ٨ ص٣٥٢ .

(٢)المهذب جـــ١ ص٢٥٥ ، كشاف القناع جـــ٣ ص١٩٨ ، المحلى جـــ٨ ص ٣٥١ ، البحر الزخار جـــ٤ ص٣٤٥ .

(٣) من الآية رقم (٢٨٢) من سورة البقرة .

(٤) البخاري جـــ٩ ص١٨٢-١٨٣ .

(٥) القاموس الفقهي ص١٢٦ .

منعاً للجحود والتنازع ، فليس فيها ما يدل على عدم مشروعية خيار المجلس.

<u>توضيح لمذهب المالكية:</u>

وقـــال فقهـــاء المالكية فى المشهور عندهم: بعدم جواز خـــيار المجلـــس، استناداً إلى العمل بإجماع أهل المدينة، وذلك لأن عمل أهل المدينة، مقدم على خبر الواحد وإن كان صحيحاً لأن عمـــل أهل المدينة أقوى منه، فهو كالمتواتر الذى من قبيل الإجماعـــيات، والمتواتر يفيد القطع، بخلاف خبر الآحاد، فإنه يفيد الظن.

ولكن ثبت عن بعض فقهاء المدينة السبعة من قال بخيار المجلـــس، ومنهم سعيد بن المسيب وهذا ينقض الإجماع . فمن ثـــم وجـــب العمل بالحديث خاصة وإن إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها . عند المحدثين والفقهاء[1].

الترجـــيح: وبناء على ذلك، يكون الراجح هو القول بمشروعية خـــيار المجلس، لحاجة المتعاقدين إليه، ليسلما من الندم، نتيجة لتســـرعهما، أو تســـرع أحدهما فى شراء السلعة أو بيعها قبل النظر والتروى فيها حفظاً لمصلحتهما، ورفعاً للضرر الذى قد يلحق بهما، أو بأحدهما[2].

---

(١) خيار النقد فى الفقه الإسلامي ص٥٦ .

(٢) فتح القدير للكمال بن الهمام جـ٥ ص١١٠ ، جواهر الإكليل جـ٢ ص٣٤

(٢) خيار الشرط:

وهو أشهر أنواع الخيارات، وأهمها، ولهذا ينصرف إليه لفظ الخيار عند إطلاقه فى عرف الفقهاء وعلى الأخص فقهاء الحنفية، والمالكية ، نظراً لإنكارهم خيار المجلس[1] ويسميه فقهاء المالكية خيار التروى ، لأنه شرع ليتروى فى أخذ السلعة أوردها.

<u>حقيقة خيار الشرط:</u> هو حق يثبت لأحد المتعاقدين أو لكليهما، أو لغيرهما، فسخ العقد، أو إمضائه فى مدة معلومة[2].كأن يقول المشترى للبائع : اشتريت منك هذا الثوب، أو هذا الكتاب على أن يكون لى الخيار ثلاثة أيام.

وبناء على هذا يكون العقد الذى يشتمل على خيار الشرط غير لازم من جانب من له الخيار وهذه هى صفة خيار الشرط، لأن خيار الشرط يمنع لزوم الصفقة، كما قال سيدنا عمر ﷺ : " البيع صفقة أو خياراً".

<u>مشروعية خيار الشرط:</u>

خيار الشرط جائز ومشروع لكل من المتبايعين عند جمهور أهل العلم، وذلك لما يلى:

---

(١) فتح القدير ، وجواهر الإكليل المرجعين السابقين.

(٢) التعريفات للجرجانى ص٤٦ ، المجلة م ٣٠٠-٣٠٩ ، مغنى المحتاج للشربينى جـ٢ ص٤٦ .

(١) قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾ [١] وهذه الآية الكـريمة عامـة، فى إباحة كل بيع، ومنه البيع مع شرط الخيار.

(٢) عن ابن عمر رضى الله عنهما قال: ذكر رجل لرسول الله ﷺ، أنه كان يخدع فى البيوع فقال له: رسول الله ﷺ " من بايعـت فقـل: لا خلابة" أى لا غبن ولا خديعة بيننا. وفى روايـة : أخـرى " إذا بعت فقل: لا خلابة ثم أنت فى كل سـلعة تبتاعها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فارددها على صاحبها[٢].

والحديث ظاهر الدلالة، على جواز خيار الشرط فى البيع ثلاثة أيام، وهو صادق بالبيع والشراء.

رأى ابن حزم الظاهرى:

وذهـب ابن حزم الظاهرى إلى القول: بعدم جواز خيار الشـرط، وتـبعه بعض الفقهاء[٣] وما ذهب إليه الجمهور هو الـراجح والصحيح لحاجة المتعاقدين إلى مشروعيته، والحاجة تـنزل مـنزلة الضرورة، كما نص على ذلك علماء الأصول والقواعد[٤] والذى ينظر إلى خيار الشرط فسوف يجد أنه شرع

---

(١) من الآية رقم (٢٧٥) من سورة البقرة .

(٢) سنن الدار قطنى جـ٣ ص٥٥ برقم٢٢٠ .

(٣) المحلى جـ٨ ص٣٧٠ .

(٤) الأشباه للسيوطى ص٦٢ .

للـــتروى والـــتدبر فى أخذ السلعة أو ردها،وبذلك يتيسر للعاقد فرصــــة استشارة أهل الخبرة فى مدة الخيار، فإذا وجد إمضاء العقــد فـــى مصلحته أمضاه، وإلا فسخه[1] والشرط: العلامه، وجمعـــه أشـــراط . والشرط: ما يوضع ليلتزم فى بيع ونحوه، وجمعـــه: شروط . واصطلاحاً: ما يتوقف عليه الوجود وليس بمؤثر فى الحكم، ولا مفض إليه.

ويســـمى الموقوف بالمشروط، والموقوف عليه بالشرط كالوضـــوء للصلاة، فإن الوضوء شرط موقوف عليه للصلاة، وليس بداخل فيها، ولا يؤثر فيها[2].

(٣) خيار الزوجة:

وهـــذا النوع من الخيار ، يخول للزوجة إذا وجدت فى زوجها عيباً فهى بالخيار، إما أن تقبل، وإما أن ترفع أمرها إلى الحـــاكم لفســـخ النكاح ، وإنما ثبت لها الخيار، لما يلحقها من الضـــرر[3] ويدخل فى ذلك خيار الوصف كأن شرط أن تكون الـــزوجة بكراً ، فبانت ثيباً فللزوج أن يردها بهذا العيب لفوات الوصـــف، وجميع أنواع الخيارات جاءت لدفع الضرر الواقع، على من وقع عليه.

(١) الفواكه الدوانى جـــ٢ ص١٢٤ .

(٢) القاموس الفقهى ص١٩٢ .

(٣) حاشية النجدى على الروض المربع جـــ٦ ص٣٤٥ .

(٤) خيار التعيين:

وهـــو أن يقع البيع على واحد لا بعينه، وهو أن يشترى أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أيا شاء . ومن ثم ، لو بين البائع أثمان شيئين أو أشياء من القيميات كلا على حده، على أن المشترى يأخذ أيا شاء بالثمن الذى بينه له، أو البائع يعطى أيا أراد كذلك صح البيع . وهذا يقال له: خيار التعيين[1].

(٥) خيار الرؤية:

وهـــو أن يشترى ما لم يره، ويرده بخياره والمعنى، أن من اشترى شيئاً ولم يره، كان له الخيار إلى أن يراه، فإذا رآه إن شـــاء قـــبله، وإن شاء فسخ البيع . والمراد من الرؤية هو الوقـــوف على الحال والمحل الذى يعرف به المقصود الأصلى من المبيع.

(٦) خيار النقد:

وهو أن ينقد المشترى الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما[2].

والمعنى، أنه إذا تبايعا على أن يؤدى المشترى الثمن فى وقت كذا، وإن لم يؤده فلا بيع بينهما، صح البيع وهذا يقال له: خيار النقد.

---

(١) القاموس الفقهى ص١٢٦ .

(٢) القاموس الفقهى ص١٢٦ .

(٧) خيار الوصف:

وهــو إذا باع مالاً بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً عــن ذلــك الوصف، كان المشترى مخيراً إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى، ويسمى هذا الخيار : خيار الوصـــف مـــثلاً: لو باع بقرة على أنها حلوب؛ فظهرت غير حلوب، يكون المشترى مخيراً. وكذا لو باع فصا ليلاً على أنه ياقوت أحمر، فظهر أصفر، يخير المشترى[١].

(٣) خيار التغرير:

ومعـــناه الخـــداع، وذلـــك بـــأن يخدع البائع المشترى، ويوهمـــه أن المبـــيع ســـليم فـــيقدم علـــى العقد ، ظاناً أنه فى مصـــلحته، والواقع بخلافه ، فإذا وقع التغرير، وكان معه غبن فاحش ، سواء كان التغرير من البائع للمشترى أو من المشترى للـــبائع ، أو كـــان من الدلال لأحدهما فإن المغرور يخير بين إمضـــاء البيع أو فسخه، واسترداد ماله من مبيع أو ثمن[٢] لأن النـــبى-ﷺ- : " نهـــى عـــنْ بـــيع الغرر"[٣] وهو مجمع على تحـــريمه. والغبـــن الفاحش الذى يكون بالتغرير ويترتب عليه الضـــمان ، ويثبـــت بـــه الخـــيار هو ما لا يدخل تحت تقويم

---

(١) القاموس الفقهى ص١٢٧.

(٢) الــدر المختار وحاشيته رد المحتار نقلاً عن شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ص١٨٠.

(٣) نيل الأوطار حـــ٥ ص١٦٦.

المقوميـــن من أهل الخبرة. فلو قوم السلعة أحدهم بمائة جنيه، وقومهـــا الـــثانى بخمسة وتسعين جنيهاً وقومها الثالث بتسعين مثلاً: فبيعها بين التسعين والمائة فيه غبن يسير، وبالتسعين فما دونهـــا غبـــن فـــاحش للبائع ، وبالمائة فما فوقها غبن فاحش للمشـــترى. وقـــد حـــدد المتأخرون من الفقهاء الغبن الفاحش للتيســـير فـــى الفتوى ، والقضاء والتطبيق ، بأنه ما بلغ خمس القـــيمة فى العقار ، وعشرها فى الحيوان ، ونصف العشر فى العـــروض ، وســـائر المـــنقولات ، وبهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية فى المادة "١٦٥".

(٤) إفلاس المشترى:

فـــإذا اشـــترى رجـــل سلعة، ثم ركبته الديون، وحجر القاضـــى عليه ، فيرد المبيع للبائع إذا كان بحاله لدفع الضرر عنه، لقوله -ﷺ- " إذا أفلس الرجل ، ووجد البائع سلعته بعينها فهـــو أحق بها من الغرماء"[1] فثبت بذلك أحقية البائع بالمبيع ، إذا كـــان موجوداً ، وأفلس المشترى بالثمن ، منعاً للضرر عن البائع. كما أن فى الحجر عليه رفع ضرر عن الغرماء، إلا أن حق البائع مقدم عليهم[2] وكذلك إذا أعسر الزوج بالصداق قبل الدخـــول بالمعقود عليها، فلها فسخ النكاح، أما بعد الدخول فلا يجـــوز، لأنها سلمت نفسها برضاها فيبقى فى ذمته إلى ميسرة،

(١) تلخيص الحبير جـــ٣ ص٣٨.

(٢) بحوث فى البيع للدكتور/ على مرعى جـــ١ ص٣٨.

فإذا أيسر به وجب عليه تأديته. قال -ﷺ- " أول ما يسأل عنه المؤمن من ديونه صداق زوجته"[1] وهذا بخلاف النفقة ، فإذا أعسر بها، فلها طلب الفسخ، لأن الضرر يتجدد هو الأظهر وقطع به الأكثرون[2] لقوله تعالى:﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [3]، ولأن سعيد بن المسيب سئل عن رجل: لا يجد ما ينفق على أهله ، فقال: يفرق بينهما.

ولأن البدن لا يقوم بدونها. ومقابل الأظهر المنع. وهو قول أبي حنيفة لعموم قوله تعالى:﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ [4].

(٥)الحجر بأنواعه:

الحجر لغة: المنع. وفي الشريعة: منع الإنسان من التصرف في ماله بسبب صغر، وجنون ورق[5].

أو هو: المنع من التصرفات المالية[6].

---

(١) وقال -ﷺ- " أدوا العلائق ، قيل : وما العلائق قال: ما تراضى به الأهلون" تلخيص الحبير : حـ٣ ص١٩٠.

(٢) مغني المحتاج حـ٣ ص٢٢٢

(٣) من الآية رقم (٢٢٩) من سورة البقرة.

(٤) من الآية رقم (٢٨٠) من سورة البقرة.

(٥) القاموس الفقهي ص٧٧.

(٦) حاشية قليوبي حـ٢ ص٢٩٩.

أنواعـــه:

وأنـــواع الحجـــر: الصغر، والجنون، والعته والمرض، والإفلاس، والسفة، والدين.

<u>رأى الحنفية فى الحجر على السفية:</u>

وفقهاء الحنفية، لا يرون الحجر على السفية، لأن الحجر عليه إهدار لآدميته ، والمحافظة عليها خير من إبقاء ماله، ولا يقرون مفهوم المخالفة أصلاً.

<u>رأى الشافعية وغيرهم:-</u>

وقال فقهاء الشافعية: وغيرهم يجوز الحجر على السفيه مراعاة لمصـــلحته، ومصلحة غيره. والعمل جار على هذا الرأى ، إذ أن فـــائدة الحجـــر على السفية حفظ ماله من الضياع، حتى لا يكون عالة على غيره وحتى لا يسعى فى الأرض فساداً بسبب تصرفاته الشاذة فى أمواله وإضاعتها فيما لا يرتضيه عقل ولا شرع[١].

<u>(٦) الشفعة :</u>

الشـــفعة لغـــة: الضـــم من الشفع ضد الوتر، لضم أحد النصـــيبين إلى الآخر. أو من الشفاعة من قولهم شفع فلاناً فى كـــذا، قـــبل شـــفاعته فـــيه[٢] أو من الزيادة والتقوية، والملك المشـــفوع. والشـــفيع صـــاحب الشفاعة، وهو من يأخذ العقار بالشـــفعة جـــبراً ، فهى مأخوذة من الشفع، الذى ضد الوتر لما

---

(١) مغنى المحتاج حـــ٢ ص٢٩٦-٢٩٧.

(٢) أحكام العقود فى الشريعة الإسلامية لعلى قراعة ص٣٧

فـيهما من ضم الشفيع النصيب المأخوذ إلى ملكه فيسمى لذلك شفعة[1].

وأما شرعاً: فهي عند الحنفية: حق الجار في تملك العقار جبراً على مشتريه بشروطه التى رسمها الفقهاء[2].

وعـند الشـافعية: حق تملك قهرى يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض[3].

والشـفعة شـرعت لدفع ضرر القسمة، أو لدفع الضرر عـن الجـار، لقوله-ﷺ- "الجار أحق " وفيه دليل على أن من أراد بـيع ملكه فإنه ينبغى له أن يعرضه على جاره ، لمراعاة حـق المجاورة ، ولأنه أقرب على حسن العشرة، والتحرز عن الخصومة والمنازعة[4].

(٧) القصاص:

القصـاص : أن يوقع على الجانى مثل ما جنى، النفس بالنفس ، والجرح بالجرح[5]، والعين بالعين[6]، ويكون فى القتل العمـد العدوان. وشرع القصاص لدفع الضرر ففي قتل القاتل

---

(١) المعجم الوجيز ص٣٤٦٥.

(٢) المبسوط حـ١٤ ص٩٠.

(٣) مغنى المحتاج حـ٢ ص٢٩٦

(٤) مغنى المحتاج حـ٢ ص٢٩٦

(٥) القاموسى الفقهى ص٣٠٤.

(٦) الوجيز ص٥٠٤.

مصـــلحة عامـــة ، لأن مريد الجريمة إذا علم عقوبتها أمتنع ، فبقيت حياته، وحياة غيره ، قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَـا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ (١).وقديماً قالوا: " القتل أنفى للقتل. فالقصاص مصلحة عامة ، تحمى المجتمع من الجريمة، ويمنع اســتباحة القــتل، الــذى يهدم حياة الناس ويعرضها للأخطار، ويقضى على هذه الظاهرة الخطيرة، التى استشرت فى العصر الحديــث بســبب عدم تطبيق عقوبة القصاص، وذلك من اجل إزالة الضرر ودفعه. لأن الضرر يزال.

(٨) الحدود:-

الحد فى اللغة: المنع. وجمعه حدود. ويأتى بمعنى الحاجز بين الشــيئين. وحد الشيئ، وصفه المحيط به، المميز له من غيره والحــد: من كل شيئ طرفه الرقيق الحاد. والحد: من كل شيئ منتهاه. والحد : أمر الله ، والمعصية.

وشرعاً: عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى، زجراً(٢) وشرعت الحــدود باخــتلاف أنواعهــا لدفع الضرر فحد الشرب والزنا والســرقة والــردة ، والقذف والحرابة وغير ذلك من الحدود، وجبــت علـــى من يرتكب ما يوجبها فمن شرب الخمر، وثبت ذلــك علــيه بالشهود، أو الإقرار، أقيم عليه الحد، ومن سرق

---

(١) من الآية رقم (١٧٩) من سورة البقرة .

(٢) القـــاموس الفقهـــى ص٨٢-٨٣- شـــرح الفتح حـــ٤ ص١١٢، وحاشية الباجورى حـــ٢ ص٢٢٩.

كذلك، والزنا والردة. فالتنكيل بهؤلاء ينفى الضرر عن الأمة.

وكذلك تارك الصلاة كسلاً ، يقتل حداً عند فقهاء الشافعية، وكفراً عند الإمام أحمد بن حنبل وهو قول جمهور السلف من الصحابة والتابعين[1]، أما الجاحد لوجوبها، فيقتل كفراً باتفاق ، لأنه أنكر معلوماً من الدين بالضرورة ، ويكون بعد، استتابته ثلاثة أيام، فإن تاب وصلى، وإلا قتل لدفع الضرر ، وهو شيوع ترك الصلاة فى الأمة.

(٩) الكفارات:

الكفارة: ما يستغفر به الآثم، من صدقة، وصوم ، ونحو ذلك[2].

والكفارات : جمع كفارة، وهى زواجر وجوابر. وقيل زواجر فقط. والأول أصح لقوله-ﷺ- فى حديث عبادة بن الصامت " فمن أصاب من ذلك شيئاً ، فعوقب فى الدنيا، فهو كفارة له"[3].

أنواعها:

وأنواع الكفارات كثيرة "منها" كفارة اليمين وكفارة الظهار، وكفارة القتل الخطأ ، وكفارة إفطار يوم من نهار رمضان بالجماع عند الشافعية. ومطلقاً عند الحنفية، سواء كان بالجماع أو بالأكل أو الشرب عمداً. فهذه الكفارات عقوبات ألحقها الله بالذى أرتكب سببها، والعقوبات أضرار، ولكن

---

(١)حاشية النجدى على الروض المربع حـ١ ص٤٢٢.

(٢) القاموس الفقهى ص٣٢١.

(٣) تلخيص الحبير حـ٤ ص٥٩.

الشـــارع أوجبها لدفع الضرر الأعظم، لأن الإنسان إذا حلف ، وحنـــث كان ممتهناً للفظ الجلالة. وكفارة الظهار يقول الله فيها "وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً"(١).

فلكـــى ندفـــع الضرر عن الأمة ، تلزم المظاهر كفارة وأيضـــاً كفارة المواقع فى رمضان تلزم لدفع الضرر عن الأمة ، فحــرمة رمضـــان جسيمة، فإذا علم الناس أن من واقع فى رمضـــان، تجب عليه الكفارة، امتنعوا عن ذلك. والكفارة: هى صـــيام شـــهرين متتابعيـــن فإن عجز ، فإطعام ستين مسكيناً. فالكفارات بعمومها وإن كانت ضرراً فى نفسها، لكن يندفع بها ضرر أعظم(٢).

(١٠) ضمان المتلف:

الضمان فى اللغة: الالتزام ، والكفالة ، والحفظ والرعاية.

وشـــرعاً: له إطلاقـــان: أخص: وهو شغل ذمة أخرى بالحق. وهو الكفالة. وأعم: وهو الحفظ والصون الموجب تركة للغرم.

أقســـامه: وأقســـامه ثلاثـــة: ضـــمان المال، الحوالة، الكفالة.

والضـــمان: هو إعطاء مثل الشيئ إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات(٣).

ومـــن ثم فيضمن المتلف عوض ما أتلف للضرر الذى

---

(١) سورة المجادلة آية (٢).

(٢) محاضرات فى قواعد الفقه للشيخ / جاد الرب ص٢٢.

(٣) القاموس الفقهى ص٢٢٥.

أحدثـــه[1] وضمان المتلفات من قبيل خطاب الوضع، وليس من خطاب الحكم التكيفى.

فالحكم نوعان: تكليفى ووضعى.

فالتكلــيفي: خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير.

أما الوضعي: فهو خطاب الله تعالى بجعل الشيئ سبباً أو شرطاً ، أو مانعاً أو صحيحاً أو فاسداً، مثل جعل الدلوك سبباً لإيجاب الصـــلاة، وجعل الوضوء شرطاً لصحتها، وجعل الحيض مانعاً من صحة الصلاة والصوم، وجعل الصلاة صحيحة إذا توافرت شروطها وأتى بجميع أركانها، وجعلها فاسدة إذا فقدت ركناً من أركانهـــا، أو شـــرطاً من شروطها، فهذه أحكام شرعية، لأنها عرفت من الشرع، ولا معنى للشريعة إلا هذا، وليس فيها طلب ولا تخيـــير، بـــل فـــيها جعل فقط، ومن ثم سميت وضعية[2] وضمان المتلفات من خطاب الوضع وليس من خطاب التكليف. وعلـــى ذلـــك فلا يشترط فى المخاطب، بخطاب الوضع العلم بالخطاب، كما لا يشترط فيه التكليف. وهو أن يكون بالغاً عاقلاً ومن ثم فإنه ضمان المتلفات، يجب على المكلف وغير المكلف، فيجـــب علـــى الصـــغير والعاقل، وغيره من إنسان وحيوان ، والمخاطب بالنسبة للصغير وليه. وبالنسبة للبهيمة صاحبها.

---

(١) الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية للدكتور/ محمد صدقي ص٨٢.

(٢) أصول الفقه للشيخ زهير حـــ١ ص٤٦.

فضمان المتلف شرع لدفع الضرر، لأننا لو لم نقل بذلك ، لأتلف الناس الأشياء دون اكتراث، وهذا ضرر، والأضرار مزالة أيا كان نوعها، فإذا سلط إنسان ميزابه على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فإنه يزال، وكذلك إذا تعدى على الطريق ببناء أو حفر بالوعة، أو غير ذلك.

(١١) القسمة:

القسـمة : اسم من اقتسام الشيئ، وترد بمعنى النصيب وجمعها : قسم. وفي الشريعة : تمييز الحقوق، وإفراز الأنصباء. وبعبارة أخرى، القسمة : عبارة عن التقسيم، وهى تعيين الحصة الشائعة، يعنى إفراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذراع والوزن، والكيل[١]. والقسمة: شرعت لدفع الضرر بين الشريكين، أو الشركاء ، بأنواعها الثلاثة ليتمكن كل واحد من التصرف فى ملكه على الكمال ويتخلص بالقسمة من ضرر المشاركة واختلاف الأيدى. ولذلك شرع الإجبار القضائى على قسمة المال المشترك القابل للقسمة بناء على طلب أحد الشركاء دفعاً لضرر شركة الملك[٢].

(١) القاموس الفقهى ص٣٠٣.

(٢) المدخل الفقهى فقرة (٥٨٧).

أنواع القسمة:

القسمة ثلاثة أنواع : بيانها كما يلى:

(أ) **قسمة إفراز:**

وقســمة الإفــراز تكــون فيما تساوت أجزاؤه صورة وقــيمة، مثلــياً أو قيمــياً ، وتســمى قسمة المتشابهات وقسمة الأجزاء[١].

(ب) قسمة تعديل:

وقســمة التعديل ، تكون فيما اختلفت أجزاؤه المتنوعة، بأن تعدل السهام بالقيمة، كأرض تختلف قيمة أجزائها ، بحسب قــوة إنبات وقرب ماء، وعلى ذلك، فلابد من معرفة القيمة عند التجزئة[٢].

(حـ) قسمة رد:

وقسمة الرد، تكون، عندما يكون فى بعض الأجزاء أمر يقابل بمال زيادة على النصف الآخر ، كشجر أو عين ماء أو غير ذلك، مما لا تمكن قسمته، فيرد من يأخذه قسط قيمته[٣].

ويجــب أن ننبه إلى أن ما تتلفه القسمة، فلا قسمة فيه، كجوهــرة، وثوب نفيسين، لما فيه من إضاعة المال. وإن طلب الشــركاء مــن القاضى قسمته لم يجبعهم بل يمنعهم من قسمته

---

(١) نهاية المحتاج للرملى حـــ٨ ص٢٨٦.

(٢) المرجع السابق حـــ٨ ص٢٨٨.

(٣) نهاية المحتاج حـــ٨ ص٢٨٩.

بأنفسهم لأنه سفه[1] لما فيه من إيطال نفعه بالكلية[2].

(١٢) نصب الأئمة:

الإمـــام : من يأتم به الناس ، من رئيس أو غيره، محقاً كان أو مبطلاً. ومنه إمام الصلاة ، وجمعه أئمة.

والإمـــام : هـــو العالم المقتدى به. وفى القرآن:﴿ إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَاماً ﴾ [3] والإمام : الخليفة وقائد الجند، واللوح المحفـــوظ قـــال تعالى:﴿ وَكُلَّ شَيْءٍ أَحْصَيْنَاهُ فِي إِمَامٍ مُبِينٍ ﴾ [4] وقـــيل : هو القرآن الكريم. هذا لغة: وشرعاً : هو الخليفة ومن جـــرى مجراه من سلطان ونائبه. أو هو: كل من إليه نظر فى شـــئ من مصالح المسلمين من الولاة والحكام. أو هى رياسة المســـلمين والإمامـــة الصغرى: هى ربط صلاة المؤتم بالإمام بشـــروط. والإمامه الكبرى: استحقاق تصرف عام على الأنام، ورئاســـة عامة فى الدين والدنيا، خلافة عن النبى ﷺ [5]وبناء علـــى ذلـــك فالإمـــام هـــو خليفة المسلمين العام ومثله الحكام والمحافظون فى هذه الأيام، وأعضاء النيابة العامة، فهم ممثلون عن الأمة، للمحافظة على الأمن فكان تنصيب الأئمة والحكام واجباً.

---

(١) المصدر السابق حـــ٨ ص٢٨٥.

(٢) حاشية الباجورى حـــ٢ ص٣٤٣.

(٣) من الآية رقم (١٢٤) من سورة البقرة.

(٤) من الآية رقم (١٢) من سورة يس .

(٥) القاموس الفقهى ص٢٤ .

حكم نصب الإمام:

ونصب الأئمة والحكام، إما ثابت بطريق الشرع، أو العقل، لأن عـدم نصـب الأئمة سوف يؤدى إلى هلاك الأمة، واختلافها وضـعفها، فيجب على المسلمين نصب إمام، ليلتفوا كلهم تحت رايـته . واختلف أهل العلم فى سبب الوجوب، هل هو واجب بالشرع أو بالعقل؟.

والجواب أن ثمة رأيين فى ذلك، بيانهما كما يلى:

الأول: قالـت طائفة: واجب بالعقل، لما فى طبائع العقلاء من التسـليم لزعـيم يمنعهم من التظالم ، ويفصل بينهم فى التنازع والتخاصم ولولا الولاة، لكانوا فوضى . وفى ذلك يقول القائل: لا يصـلح الـناس فوضـى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا.

الثانى: وقالت طائفة: بل واجب بالشرع دون العقل، لأن الإمام يقـوم بـأمور شـرعية ويـأخذ بمقتضى العقل والتناصف ، والتواصـل وقـد جـاء الشرع بتفويض الأمور فى الدين إلى الأولـياء والحكـام بقوله تعالى ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ** ﴾ (1) ولقوله ﷺ فى أمر الولاة فاسـمعوا لهم وأطيعوا فى كل ما وافق الحق، فإن أحسنوا فلكم

---

(1) من الآية رقم () من سورة .

ولهم وإن أساءوا فلكم وعليهم] [١].

(١٣) دفع الصائل[٢].

الصــائل: هو الذى سطا على غيره ليقهره، فالصيال الاستطالة والوثـوب والاسـتعلاء، والاعتداء على الغير بغير حق، لأخذ مـال أو لقتل نفس، أو لهتك عرض، أو لها جميعاً ، فيجب دفع الصـائل بـالأخف فالأخف، بمعنى أن الدافع يلزمه التدرج فى دفعـه لأنـه شـرع للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ولا ضـرورة فـى الأثقل مع إمكان الدفع بالأخف، فيقدم الهرب، فالزجـر، فالاستغاثة ، فالضرب باليد، فبسوط، فعصا، فالقطع، فالقـتل، فمـن شـهر على مسلم سيفاً، فله أن يقتله إذا مست الضـرورة، لقوله ﷺ [من شهر على المسلمين سيفاً فقد أحل دمه] وقوله ﷺ [لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: بكفر بعد إيمان، أو بزنا بعد إحصان، أو بقتل نفساً بغير نفس فيقتل] [٣] لأنـه باغ، فلضرورة دفع الضرر سقطت عصمته[٤] لقول النبى ﷺ [من حمل علينا السلاح فليس منا] [٥] وفيه دلالة على تحـريم قـتال المسلمين، والتشديد فيه لما فى ذلك من تخويفهم

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردى ص٥ .

(٢) الأشباه للسيوطى ص٩٣ .

(٣) سنن الدارمى جـ٢ ص١٧٢ .

(٤) الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية ص٨١ .

(٥) فتح البارى جـ٢٧ ص٢٨ .

وإدخال الرعب عليهم.

وفى لفظ: [من أشار إلى أخيه بحديدة لعنته الملائكة] (1) فلو لم يجب دفع الصائل، لانتشر الصيال، وهو فساد وضرر : والقاعدة: أن الضرر يزال ، وإذا علم الصائل أنه لو صال قتل امتنع(2).

حكم الصيال لأخذ المال:

فى حكم هذه المسألة رأيان:

الأول: يجب دفعه ولو بالقتل، لقوله ﷺ [من قتل دون ماله فهو شهيد] (3) فدل على أن له القتال والقتل، وأنه مأمور بذلك.

الثانى: عدم وجوب دفعه بالقتل، لأن المسلم يقتل المسلم، لأجل المال، لأنه لو كان أسيراً وجب على المسلم أن يفديه بماله.

حكم الصيال بالقتل بدون حق:

فى حكم هذه المسألة أيضاً رأيان:

الأول: يجب قتله إذا لم يندفع إلا به، لقوله ﷺ [ومن قتل دون دمه فهو شهيد] (4) وهذا هو الأظهر والأقوى.

---

(1) المصدر السابق جـ27 ص28 .

(2) حاشية الباجورى جـ2 ص250 .

(3) تلخيص الحبير جـ4 ص84 .

(4) تلخيص الحبير جـ4 ص84 .

الـــثانى: لا يجب دفعه بالقتل لقوله ﷺ فى الفتنة [كسروا فيها قســيكم وأوتـــاركم واضربوا سيوفكم بالحجارة، فإن دخل على إحدكـــم بيته فليكن كخير بنى آدم] وفى وراية " فإن دخل على بيـــتى، وبســـط يـــده ليقتلنى؟ قال: [كن كابنى آدم] يعنى قابيل وهابيل[1].

أمـــا فـــى الصيال لهتك العرض، فالراجح بين العماء أنه يجب دفعـــه، ولو بالقتل، ويسقط التدرج فى الدفع، لأنه مواقع فى كل لحظـــة، فـــلا يدفع بالأناه لأن فاحشة الزنا يتعدى ضررها إلى المـــرأة وأبـــيها وأخوتها وأمها وعائلتها، والعار يلحق الأسرة كلها[2].

(١٤) قتال المشركين:

قـــتال المشـــركين، دفاعاً عن الدين ورداً لعدوانهم عن أرض الإســـلام، حـــتى لا تكون فتنة، ويكون الدين لله، فشرع قـــتالهم لدفع الضرر، ولا ضرر أخطر من ضرر العدوان على الديـــن ومقدسات المسلمين، والاستيلاء على الأرض والعرض فوجب دفعهم وكسر شوكتهم لاعلاء كلمة الله فى الأرض.فقتال الكفار، إنما شرع للدفاع لا لحملهم على الإسلام لقوله تعالى: ﴿ لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ ﴾ [3] وخير للمسلمين أن يموتوا دفاعاً عن

---

(١) المرجع السابق جـ٤ ص٨٤ .

(٢) محاضرات فى قواعد الفقه ص٣٣ .

(٣) من الآية رقم (٢٥٦) من سورة البقرة .

دينهم وشرفهم من أن يستسلموا للمشركين أعداء الدين قال تعالى: ﴿ أَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ وَآخَرِينَ مِنْ دُونِهِمْ لا تَعْلَمُونَهُمُ اللَّهُ يَعْلَمُهُمْ ﴾ (1).

(١٥) البغاة:

والبغاة: جمع باغ، والبغى معناه الظلم ومجاوزة الحد(2) سموا بذلك لظلمهم وخروجهم على الإمام العادل وبحيث تكون لهم شوكة ومنعه يمكن معها مقاومة الإمام، ولهم تأويل يعتقدون به جواز الخروج، كتأويل الخارجين من أهل الجمل وصفين على الإمام على بن أبى طالب ﷺ وكرم الله وجهه، بأنه يعرف قتلة عثمان ﷺ ، ويقدر عليهم، ولا يقتص منهم لمواطأته إياهم، وتأويل بعض مانعى الزكاة من أبى بكر ﷺ بأنهم لا يدفعون الزكاة إلا لمن كانت صلاته سكناً لهم، وهو النبى ﷺ وأن يكون لهم رئيس مطاع فيهم إذ لا قوة لمن لا يجمع كلمتهم مطاع(3) وقد أمر الله بقتال البغاة فقال تعالى:﴿ وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ

---

(١) من الآية رقم (٦٠) من سورة الأنفال .

(٢)

(٣)مغنى المحتاج جـ٤ ص١٢٣ .

وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ (١) فهـذه الآيـة دليل على وجـوب دفـع البغاة، فلو لو يجب دفعهم، وأبيح لكل طائفة أن تهـدم مـا بناه غيرها، لعمت الفوضى وهذا ضرر، والضرر يـزال(٢) وهو من فروض الكفاية إذا قام به البعض، سقط عن الباقين ، فعلى الإمام أن يقاتلهم بمن فيه الكفاية بعد أن يدعوهم إلى الطاعة، والدخول فى صفوف الجماعة فإن أبو قوتلوا، ولا يقـتل أسيرهم، ولا يتبع مدبرهم، ولا يجهز على جريحهم، ولا تسـبى ذراريهـم ولا أموالهم(٣)، لأنه ضرر والضرر لا يزال بالضرر.

(١٦) فسخ النكاح بالعيوب: (٤).

وهـى ثمانـية : ثلاثـة يشترك فيها الزوجان وهى: الجنون، والجـزام، والـبرص ، واثـنان يختصان بالزوج وهما: الجب والعنة . وثلاثة: تختص بالزوجة وهى: الرتق،والقرن، والعفل.

الجنون لغة: زوال العقل أو فساد فيه.

وشرعاً: هو اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة، المدركـة للعواقـب، بأن لا تظهر آثارها وتتعطل أفعالها، إما لنقصـان جبل عليه دماغه فى أصل الخلقة، وإما لخروج مزاج

---

(١) من الآية رقم (٩) من سورة الحجرات.

(٢) محاضرات فى قواعد الفقه الكلية ص٣٣ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن جـ٦ ص٣٢٠ .

(٤) الأشباه للسيوطى ص٩٣ .

الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة، وإما لاستيلاء الشيطان عليه، وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفرح، ويفزع من غير ما يصلح سبباً وآفة تسلب العقل[1].

والـرجل الأجزم وهو مقطوع اليد، والجمع جزمى ، والجزام داء من الأدواء، وقد جذم الرجل فهو مجذوم[2] أى مقطوع اليد، أو هو الذى ذهبت أنامله وهو من الأمراض المعدية.

والبرص: داء معروف[3] والبرص: هو بياض يقع فى الجسد ، وجمعـه: بُـرُص، وتصـغيره بريص، والجب: القطع : وهو استئصـال الخصية، والمجبوب: هو المقطوع ذكره وخصيته[4] والعنين: العاجز عن الجماع لمرض وشرعاً: من لا يقدر على جمـاع فرج زوجته لمانع منه ككبر سن، أو سحر[5] والرتق: انسـداد الفـرج بلحم والقرن : انسداده بعظم[6] وبناء عليه لو وجدهـا الزوج بعد الدخول رتقاء بلحم، أو قرناً بعظم، أو بها برص، أو جذام، أو جنون، فله الفسخ بهذه العيوب، لأنها تمنع الاسـتمتاع المقصود بالنكاح، فإن الجذام والبرص يثيران نفرة

---

(١) القاموس الفقهى ص٦٩-٧٠ .

(٢) مختار الصحاح للرازى ص٩٧ .

(٣) مختار الصحاح ص٤٨ .

(٤) القاموس الفقهى ص٥٧ .

(٥) القاموس ص٢٦٣ .

(٦) مختار الصحاح ص٢٣٢ .

فـــى الـــنفس ويخشى تعديه إلى النفس والنسل . والجنون يثير نفـــرة ويخشـــى ضرره، والجب والرتق يتعذر معه المباشرة ، وكذلـــك العنة: فهى عجز يصيب الرجل فلا يقدر على معاشرة المـــرأة، فـــإذا وجد أحد الزوجين بالآخر عيباً من هذه العيوب فسخ النكاح منعاً للضرر.

وكذلك الإعسار بالنفقة بعد أن يمهله القاضى ثلاثة أيام يجيز له طلـــب الفسخ لدفع الضرر، لأنه إذا جاز الفسخ للعجز الجنسى وهى تعيش بدونه فإنه يجوز بما لا يستطيع العيش بدونه وهى الـــنفقة من باب أولى . وقال الإمام أبو حنيفة: لا يجوز الفسخ بالإعســـار فـــى النفقة بل يأمرها القاضى أن تستدين ثم ترجع عليه إذا أيسر[1].

وأمـــا الإعســـار بالصداق فيجيز طلب الفسخ قبل الدخول لدفع الضـــرر، فـــإذا دخلت ولم يكن قد دفع لها المهر فلا يجوز لها طلـــب الفسخ، لأنها سلمت نفسها راضية . فيكون ديناً فى ذمته إلى ميسرة فيجب دفعه.

---

(١) المبسوط جـــ٥ ص١٨٧ .

المطلب الرابع

فى القواعد المندرجة تحت قاعدة : " الضرر يزال"

****

القاعدة الأولى: قاعدة : " الضرر لا يزال بالضرر".

القاعدة الثانية: " يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام".

القاعدة الثالثة: " درأ المفاسد أولى من جلب المصالح".

القــاعدة الـــرابعة: " الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها".

القاعدة الخامسة: ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها".

القاعدة السادسة: إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما".

فهــذه القواعــد لها تعلق وارتباط بقاعدة: " الضرر يزال" لذا وجب أن نشرحها بإيجاز بعد ذكرها إجمالاً:

القاعدة الأولى

وهى " الضرر لا يزال بالضرر"

****

هــذه القــاعدة مــن القواعد المرتبطة بالقاعدة الأم، وهى : " الضرر يزال" ، وتقييداً لها، ذلك ، لأن معنى الضرر يزال، أنه يــزال ولو بضرر آخر، فجاء بهذه القاعدة ليقيد إطلاقها، لذلك قال: الضرر لا يزال بالضرر، فهى كالاستدراك والقيد ، فشأن

قـــاعدة: الضـــرر لا يزال بالضرر، مع قاعدة: الضرر يزال، شـــأن الأخص مع الأعم، فالأخص، الضرر لا يزال بالضرر . والأعـــم الضرر يزال، فكلما تحقق الأخص – الضرر لا يزال بالضـــرر تحقـــق الأعم، وهو الضرر يزال، وليس العكس أى ليس كل ما تحقق الضرر الأعم يزال الضرر الأخص، أى كلما تحقـــق الأعـــم تحقق الأخص، ولأننا لو أزلنا الضرر بالضرر فالضـــرر باق، ولما صدق-الضرر يزال، بل الضرر موجود، ومن ثم فمعنى القاعدة – لا يزال الضرر بالضرر أى لا يزال ضـــرر امـــرئ بضرر امرئ آخر، لأن الخلق كلهم عيال الله، وكلهم سواء، ويتحقق إزالة الضرر إذا أزيل الضرر لا بضرر.

من فروع هذه القاعدة: ما يلى:

(١) عدم الوجوب على الشريك فى العمارة:

مـــثال ذلك، إذا كان هناك شريكان فى منزل يحتاج إلى ترميم، وأحد الشريكين لا يريد، لأنه ليس مستطيعاً، ففى هذه الحالة لا يجـــب إجـــباره، لأنـــنا لو أجبرناه لأزلنا ضرر أحد الشريكين بضـــرر يلحـــق الآخر، ولما ارتفع الضرر ولكن يقال للشريك القـــادر على الترميم: عمر وأنفق ثم خذ من الغلة ما أنفقت أى أنفق وخذ أجرة هذا البيت حتى تستوفى ما أنفقت، واحبس أجرة العين تحت يدك حتى تحصل على ما أنفقت على الترميم، وفى ذلك منفعة للشريكين.

(٢) عدم إجبار الجار على وضع الجذوع:

المــراد بالجذوع، ما يوضع من أعواد لإبقاء السقف عليه، ولا يجــوز للجار أن يجبر جاره على وضع الجذوع على حائطه، لأن وضــع جــذوع الجار يرفع الضرر عن نفسه، لكن يلحق الضــرر بالجــار الآخر – وعبر بالجذوع لأنهم كانوا يسقفون علــيها ومحل هذا ، إذا كان الجدار مملكاً لأحدهما، فلو رضى فــلا شــئ، وإن لم يرض فلا يجبره على ذلك، لكن لو كان الجــدار مشتركاً فلا يقال: أزلنا ضرر بضرر ، لأن لكل منهما حق فيه.

(٣) رهن المفلس المبيع:

لــو اشــترى رجل أرضاً ولم يدفع ثمنها للبائع،ثم أفلس المشترى، ورهنها، أو زرع فيها أشجاراً، أو بنى فيها ففى هذه الحالة ليس للبائع الرجوع فى صورة صحة الرهن وهو ما إذا قــبض المرتهن العين المرهونة ، لأن الرهن من جهة المرتهن جائــز مطلقاً قبل القبض وبعده أى يجوز له الرجوع فى الرهن قــبل القــبض وبعــده. أما الرهن من جهة الراهن فجائز قبل القــبض ، لازم بعــد القبض ومن ثم فليس للبائع الذى لم يأخذ ثمن الأرض حق الرجوع لأن الرهن بعد القبض أصبح لازماً. ولــيس للراهــن المفلس حق الرجوع فيه، لأنه قد أصبح وثيقة عــند المرتهن يستوفى منها– العين المرهونة – حقه عند تعذر الوفــاء ذلــك لأننا لو أجزنا الرجوع له نكون قد رفعنا ضرراً

بضـــرر أى ضرر البائع بضرر المشترى أو المرتهن، ويضيع الــزرع علـــى المشـــترى، وكذا فى حالة الغرس والبناء لأنه سـيلحق ضرراً بالمشترى لضياع قيمة الفرس والبناء، ويضر بالمفلس والغرماء.

أمـــا إذا ابـــتاع ولم يقبض البائع الثمن حتى حجر على المشترى بالفلس فللبائع حق الفسخ واسترداد المبيع، وهذا ما لم يحدث فى المبيع بناء أو غرس أو زرع(1).

(٤) المضطر لا يأكل طعام مضطر آخر:(٢).

لا يـــأكل المضطر، طعام مضطر آخر، لأن الضرر لا يـــزال بالضرر، إلا أن يكون نبياً فيجب بذله له، وإن لم يطلبه، لوجوب فدائه بالنفس، ويتصور هذا فى الخضر عليه السلام، إذ الأصـــح أنـــه نبى، وفى سيدنا عيسى ﷺ إذا نزل(٣) لأن فى إبقاء مهجة النبى مصلحة الأمة، فمن ثم ، فلا يصدق عليه أننا أزلـــنا ضرراً، بضرر، فلزم بذله له، وإذا امتنع المضطر فهو آثم ، فإن كان المضطر إلى الطعام من سائر الناس ، وكان من معـــه الطعام مضطراً إليه فهو أحق به لقوله ﷺ [إبدأ بنفسك] وثبـــت فى حديث آخر، أن رجلاً جاء إلى النبى ﷺ فقال: " يا

---

(١) يراجع: الفوائد الجنية ، مع غمز عيون البصائر للحموى المراجع السابقة.

(٢) الأشباه للسيوطى ص٩٥ .

(٣) حاشية البيجرمى على الخطيب جـ٤ ص٢٧٢ .

رسول الله معي دينار، فقال: [أنفقه على نفسك] [١] فقد أذن له الرســول ﷺ، أن يــبدأ بنفسه أولاً، لأن حقه مقدم على غيره، إبقــاء لمهجــته، ويجــوز له أن يؤثر به مضطراً آخر مسلماً معصــوماً، لقوــله تعــالى: ﴿ وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ ﴾ [٢] وخرج بالمسلم الكافر، ولو ذمياً، فلا يجوز إيثاره لكمــال شــرف المســلم على غيره، وخرج بالمعصوم غيره، كالــزاني المحصن، وتارك الصلاة فلا يجوز إيثارهما لإهدار دمهمــا، ووجوب قتلهما، وإذا أخذ المضطر طعام غيره، وجب علــيه أن يدفع ثمنه، لأن الضرر لا يزال بالضرر، فإذا تطوع له به، فله أخذه بدون ثمن إذا كان فقيراً، لأن إطعامه على من قصده.

(٥) هل يجوز قطع جزء نفسه، أو غيره، حال الضرورة؟

والجــواب: أنه لا يجوز للمضطر أن يقطع جزءاً من جســم مضطر آخر ليأكله، فيدفع به ضرره بضرر غيره، لأن الضــرر لا يزال بالضرر، بل يحرم ذلك عليه، ولو من غير معصوم، لأنه إذا كان معصوماً، فإن عصمة بعضه، كعصمة كله. وإن كان غير معصوم، فيحرم عليه ذلك للتعذيب [٣]، وأما قطــع ذلك من نفسه فهو مشروط بأن يكون الخوف من القطع،

---

(١) تلخيص الحبير جـ٤ ص٩.

(٢) من الآية رقم (٩) من سورة الحشر.

(٣) الأشباه للسيوطي ص٩٥، حاشية عميرة على شرح المنهاج جـ٤ ص٢٦٤.

كالخوف من ترك الأكل أو أشد، بأن يكون مساوياً للخوف من ترك الأكل أو أكثر، فإن كان دونه فيجوز قطع جزء نفسه، لإبقاء روحه المأمور بالمحافظة عليها، وكذلك إذا انتفى الخوف بالمرة[1]، وقطع السلعة المخوفة كقطع جزء منه. والمراد بالسلعة هنا: العضو الزائد فى البدن، ولهذا قال الفقهاء : يجوز قطعها عند الأمن، ويجوز القطع عند التساوى ، لأنه إذا تردد الأمر فى أن يأكل بعضه، أو يموت، فيأكل بعضه لاحتمال النجاة ، فلا يكون هذا من إزالة الضرر بالضرر، بل من إزالة ضرر أعظم بارتكاب ضرر أخف[2] ولما كان الضرر لا يزال بالضرر، فلا يجوز نقل كُلية شخص إلى شخص آخر مطلقاً أى بعوض أو بغير عوض، لأن الشخص المأخوذ منه، ليس له حق التصرف فى نفسه ولا فى جزء منه، حيث إنه مملوك لله تعالى فإن فعل فهو آثم. ولا يجوز لشخص أن يقتل غيره ليأكله، لأنه يزيل الموت عن نفسه بإماتة غيره، والضرر لا يزال بالضرر. وبالنسبة لنقل الكلية وغيرها من جسم على جسم نقول: الذى يأخذ الكلية ، فإن كان يعيش بها قلنا: أبقينا، فضير مسلم، وإن كان احتمالاً ، قلنا: نتركه عرضة للاحتمال ، وقد ضر غيره بزوال ضرره المحتمل الزوال. والذى يدفع كليته، إما أن يكون متبرعاً بها، وإما أن يكون بائعاً لها، وذلك بنفسه

---

(١) حاشية البيجرمى حـ٣ ص٣٧٣، روضة الطالبين حـ٣ ص٢٨٥.

(٢) محاضرات فى الفقه الشافعى للدكتور/عزام ص١٣٩ ط دار البيان سنة ١٩٩٤م

لو كان حياً . نقول: الهبة والبيع لا يصحان، لفقد شرط الملك، إذا الإنســـان لا يملك أجزاؤه، فهى ملك لخالقها، وإن كان ميتاً، ودفعهـــا ورثـــته نقول: ليس لهم حق التصرف فيما لا يملكون، لأن مـــن هـــى فـــيه لا يملكها فما بالكم. وكذلك يقال: فى نقل أعضـــاء جســـم الإنسان. ويدخل فى ذلك عمليات التجميل فلا يجوز قطع فلذة[1] وهى القطعة من الكبد أو اللحم أو غير ذلك، من نفسه إن كان الخوف من القطع كالخوف من ترك الأكل أو أكثر. أما إذا كان الخطر من القطع أقل فيجوز كما سبق بيانه، لأن خطـــر القطع اقل من خطر ترك الأكل جاز دفعاً للضرر الأعظم.

أمـــا ذا كـــان الخطران متساويين، فلا يجوز القطع لأن الترجـــيح بـــلا مرجح ممتنع، وإن كان خطر القطع أعظم من خطر ترك الأكل فلا يزيل ضرر بضرر.

(٦) ولـــو مـــال حائط على الشارع ، أو مال، غيره ، لم يجز إصـــلاحه[2] لأن فـــى إصـــلاحه إزالة ضرر المادة أو الجار، بضـــرر صاحب الحائط، فإنه سيبذل مالاً لإصلاحه، والضرر لا يـــزال بالضرر. وفيه نظر من العقل والدين ، إذ لا يتصور قبوله على إطلاقه بل هو مدفوع بما فى قاعدة " الضرر الأخف يحـــتمل لدفع الضرر الأعظم" فإن إصلاح الحائط ببعض المال

---

(١) المنجد فى اللغة ص٣٥٦.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٥.

ضرر أخف ، وترك الحائط بدون إصلاح ليسقط على المارة ، أو الجار ضرر أعظم.

والديـــن والعقل يقضيان بإنقاذ الأكثر، بل فى هذه الحالة بـــذل المـــال لا يكون ضرراً[1]، لأن المصلحة العامة ، مقدمة علـــى الخاصة. وكذلك تهديده بالوقوع ، أو وقوعه على الجار أو المـــارة قتل خطأ أو بسبب تجب به الدية والكفارة وفى ذلك ضرر أعظم.

(٧) ولـــو سقطت جرة، ولم تندفع عنه إلا بكسرها ضمنها فى الأصـــح[2]؛ لأن فـــى عـــدم ضمانها إزالة للضرر عن نفسه ، بضرر غيره. وعليه فالفرع من القاعدة.

وللضمان شرطان : بيانهما كما يلى:

الأول: أن تكـــون الجـــرة موضوعة على حالة يؤمن فيها من سقوطها.

الـــثانى: أن تكـــون العـــادة قد جرت بوضعها فى المكان الذى وضعت فيه.

فـــإن اخـــتل شرط من هاتين الشرطين فلا ضمان كأن تكـــون وضـــعت علـــى وجـــه يغلب على الظن سقوطها[3] أو وضـــعت على جدار ليس له حق فيه، فإن سقطت وكسرت فلا

---

(١) محاضرات فى قواعد الفقه الكلية ص٣٥.

(٢) الأشباه للسيوطى ص٩٥.

(٣) نهاية المحتاج جـــ٨ ص٢٦.

ضمان لأن واضعها هو الذى أتلفها.

ومثل الجوزة كل ما له قيمة. ومقابل الأصح: يكسرها ولا يضمنها، لأنها تنزل منزلة الصائل، ومن ثم فلا يكون الفرع من القاعدة، بناء على المقابل. ومحل الضمان: إذا كانت بالشرطين السابقين. ولكن إذا تعدى بالوضع فلا يضمن شيئاً بكسرها.

(٨) ولو وقع دينار فى محبرة ، ولم يخرج إلا بكسرها كسرت ، وعلى صاحبه الأرش. فلو كان بفعل صاحب المحبرة فلا شيئ[١].

وبيان ذلك، أنه إذا لم يخرج الدينار الذى سقط فى المحبرة ، وكان بفعل صاحب الدينار، إلا بكسرها فعليه أرش النقص، وهو الفرق ما بين قيمة المحبرة تماماً فعليه رفع قيمتها كاملة ، لإزالة ضرر صاحب المحبرة، وإلا نكون قد أزلنا ضرراً بضرر، وهو لا يجوز ، فإن كسر المحبرة صاحبها فلا شيئ له، لأنه هو الذى أتلف مال نفسه وعليه، فلا ضمان، لأن الشخص لا يضمن مال نفسه. ووجه ارتباط الفرع بالقاعدة: يتمثل فى دفع الأرش أو القيمة كاملة لصاحب المحبرة، وأخذ صاحب الدينار ، ديناه ، وألا يكون قد أزلنا ضرراً بضرر. والأرش : جمع أروش، وهو الفساد ويأتى بمعنى الرشوة

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٩٥.

والشـــجة، وديـــة الجـــراحة. وهو المال الواجب على ما دون النفس، والواجب فى الجناية التى موجبها المال دون القصاص ، وحكومة العدل ، وبذل النفس ، وبدل نقصان المبيع[1].

(٩) إذا أدخلت بهيمة رأسها فى قدر ولم يخرج إلا بكسرها[2] فماذا يكون الحكم فى هذه المسألة من حيث الضمان؟.

لبيان ذلك نقول :

البهيمة: تطلق على الحيوان المأكول وغيره قال تعالى:﴿ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ ﴾ [3]وفــى بــيان حكمها تفصيل ، وذلك كما يلى:-

(١) أن يكون مع البهيمة صاحبها:

فإن كان تركها حتى أدخلت رأسها ، فهو مفرط، لأنه لم يلاحظها، ولم يحكم ضبطها ، وهذه البهيمة قد تكون مأكولة، أو غــير ماكولـــة، فـــإن كانـــت غير ماكولة كسرت القدر وعلى صـــاحبها أرش النقص أو القيمة كاملة. وإن كانت ماكولة ففى ذبحها وجهان:-

الأول: تذبح البهيمة إذا كان فى الإمكان قطع الحلقوم والمرئ، وتســتخرج الرأس من القدر بتقطيعها، ولا شيئ على صاحب القــدر، لأن صاحب البهيمة مفرط ، وهذا ما تقضى به القواعد

(١) القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً ص١٩.

(٢) الأشباه للسيوطى ص٩٥.

(٣) من الآية رقم (١) من سورة المائدة.

العامة فى الفقه الإسلامي.

الثاني: تكسر القدر، ويدفع صاحب البهيمة أرش النقص، وهذا ارتكاب أخف الضررين:-

(٢) إذا لم يكن مع البهيمة صاحبها:-

فـــإن كـــان صـــاحب القدر قد وضعها فى غير المحل المعـــتاد ، فســـقط القدر ، فلا يستحق شيئاً لأنه مفرط، فالضرر الناشيئ عن فعل الحيوان ناتج عن تقصيره، ومن ثم فلا يستحق صـــاحب القـــدر شيئاً ، بل يلزمه الضمان، لو أتلف القدر مالاً لغـــيره بســـقوطه[1] وهذا ما تقضى به المسئولية التقصيرية ، فحيث كان التقصير من صاحب البهيمة ، وكسرت القدر فعليه الضمان ، وإلا فلا.

(١٠) ولـــو التقت دابتان على شاهق جبل ، أو قنطرة مصادقه، وكان لا يمكن تخليص كلا منهما إلا بإتلاف الأخرى.

فـــإذا ســـئل المفتى عن هذه المسالة ، فلا يفت، بل يترك الأمر حـــتى تخلـــص إحدى الدابتين نفسها من الأخرى. ومحل عدم الفـــتوى إذا تســـاوت الدابتان فى القيمة، وإلا فإن الفتوى تكون بارتكـــاب أخف الضررين ، وذلك بأن تتلف الدابة الأقل قيمة، ويضمن صاحب الدابة الأعظم قيمتها.

أمـــا إذا تدخـــل صاحب أيا منهما لتخليص دابته وأتلف

---

(١) الضمان فى الفقه الإسلامي للشيخ/ على الخفيف ص٢٤١، وفعل الحيوان وما ينشأ عنه من ضرر للدكتور/ الشربينى ص٩٥.

الأخـــرى، ضمنها ، لإزالة ضرر صاحب البهيمة الملقاة ، وإلا تكـــون قـــد أزلنا ضرراً بضرر، وهذا لا يجوز ، وعليه يكون الفرع مرتبط بالقاعدة[1].

(١١) لـــو ســـقط شخص على جريح ، فإن استمر قتله ، وإن انتقل قتل غيره، حيث لا يوجد مكان خال بين الجرحى.

وفى حكم هذه المسألة ثلاثة آراء بيانها كما يلى:-

الرأي الأول: يستمر ولا ينقل على غيره، لأن الضرر لا يزال بالضرر.

الــراى الثاني: يتخير فيكون له أن يستمر ، أو ينتقل إلى غيره مطلقاً.

الــراى الثالـــث: إذا كان المسقوط عليه أعلى رتبة ومنزلة فى العلـــم والـــتقوى والورع، وتناط به المصالح، انتقل على الأقل رتبة ، وذلك لارتكاب أخف الضررين. فإن لم يفعل كان آثماً ، وأن تساويا استمر على الأول[2].

(١٢) ولـــو كانـــت ضيقة الفرج، لا يمكن وطؤها إلا بإفضائها فليس له الوطء[3].

وبـــيان ذلك : أنه لو تزوج رجل امرأة، فوجدها ضيقة الفرج، وهـــو ذو عبالة- والعبل: هو الضخم من كل شيئ ، ورجل ذو

---

(١) محاضرات فى قواعد الفقه الكلية ص٣٥.

(٢) القواعد الفقهية للدكتور/ عزام ص١٩٠.

(٣) الأشباه للسيوطى ص٩٦.

عــبالة كــناية عن ضخامة ذكره[1] بحيث لو جامعها أدى إلى إفضــائها أى أزال مــا بيــن مدخل الذكر ومخرج البول على خــلاف فــى تعــريفه[2] فليس له الوطء، لأن فيه إزالة ضرر بضــرر، إذ هــو بــالوطء يزيل ضرر بقاء ماءه واحتباسه، بضرر المرأة التى تزوجها فإذا وجدت امرأة زوجها على نحو يضــرها، رفعــت أمرها إلى القاضى، وطلبت الفسخ للضرر وعلــى القاضى أن يفسخ عقد النكاح، إذا قرر أهل الخبرة أن بقــاء الــزوج فــيها يؤدى إلى إفضائها، وأهل الخبرة: أربع طبيبات أو قوابل، أو طبيبين إذا لم توجد الطبيبات قياساً على الشــهادة. فلــو وطــأ الزوج فى الحالة السابقة يكون مرتكباً لجريمة توجب الدية ويفرق القاضى بينهما.

(١٣) ولــو رهــن المفلس المبيع، أو غرس أو بنى فيه فليس للبائع الرجوع فى صورة صحة الرهن، لأن فيه إضرار بالمرتهن، ولا فى صورة الغرس، ويبقى الغرس والبناء للمفلس، لأنه ينقص قيمتها، ويضر بالمفلس والغرماء[3].

الرهن: لغة الحبس، وجمعه رهون، ورهان وفى القرآن الكريم ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾[4]

---

(١) المعجم الوجيز ص٤٠٤.

(٢) حاشية البجيرمى جـ٣ ص٣٦٤.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٦.

(٤) من الآية رقم (٢٨٣) من سورة البقرة.

والرهن : مصدر رهن بالفتح ، ويطلق على الثبوت ، والدوام، كقولهم : نعمة الله راهنة أى ثابتة ودائمة. ويطلق على الحبس ومنه قوله تعالى﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ (١).

وشرعاً: المال الذى يجعل وثيقة بالدين، ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه، أو هو: حبس مال وتوقيفه فى مقابلة حق يمكن استيفاؤه منه، ويسمى ذلك المال مرهوناً ، ورهناً(٢).

وصورة المسألة: أن يشترى المشترى أرضاً وأفلس بالثمن، ثم رهن الأرض، أو غرسها أشجاراً، أو بنى عليها داراً، فإذا قبض المرتهن العين المرهونة، فليس للراهن المفلس الرجوع فى الرهن، لأن الرهن وثيقة عند المرتهن يستوفي دينه من العين المرهونة عند تعذر الوفاء، لأنه إذا جاز الرجوع نكون رفعنا ضرر البائع بضرر المرتهن، فالحكمة من عدم جواز الرجوع فى العين المرهونة إذا قبضها المرتهن : هى ثبوت الوثائق الشرعية . وكذلك فى صورة الغرس أو البناء، لا يرجع البائع فى المبيع إذا أفلس المشترى بالثمن، لأنه سيلحق ضرراً بالمشترى، لضياع قيمة الغرس أو البناء، ويضر أيضاً بالغرماء أما إذا لم يحدث فى المبيع رهن أو غرس أو بناء

(١) من الآية رقم (٣٨) من سورة المدثر .

(٢) القاموس الفقهى ص١٥٤ .

فللبائع الفسخ واسترداد المبيع[1] لقوله ﷺ [إذا أفلس الرجل وقد وجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها من الغرماء][2].

ما يستثنى من قاعدة : الضرر يزال:

يستثنى من هذه القاعدة: ما لو كان أحدهما أعظم ضرراً[3]، فعندئذ نزيل الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف، ومن أمثلة ذلك.

(١) القصاص من القاتل:

شرع القصاص، لدفع الضرر الأعظم، ولارتكاب الضرر الأخف، ذلك، لأن فى قتل القاتل العمد العدوان ضرراً، ولكن قتله أخف من ضرر ترك القتل، حتى لا يشيع القتل فى الأمة . ولا شك أن شيوع القتل أعظم ضرراً من القصاص، بل القصاص فيه حياة قال تعالى ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ [4].

وهو تعليل لشرعية القصاص، وبيان لحكمه، فالآية قررت: أن الحياةهى المطلوبة بالذات وأن القصاص وسيلة من وسائلها، لأن من علم أنه إذا قتل نفساً بغير حق يقتل بها،

---

(١) حاشية الباجورى جـ١ ص١٦٠ .

(٢) تلخيص احبير جـ٣ ص٣٨ .

(٣) الأشباه للسيوطى ص٩٦ .

(٤) من الآية رقم (١٧٩) من سورة البقرة .

يرتدع عن القتل، فيحفظ الحياة على من أراد قتله وعلى نفسه(١) واتفـــق أئمة الفتوى على أنه لا يجوز لأحد أن يقتص من أحد، وإنمـــا ذلك للسلطان أو من نصبه السلطان لذلك، فالله ﷻ جعل الســـلطان ليقبض أيدى الناس بعضهم بعض(٢) والقصاص: أن يوقـــع علـــى الجـــانى مثل ما جنى ، النفس بالنفس، والجرح بالجرح(٣).

(٢) الحدود(٤):

وســـميت العقوبـــات حـــدود لكونها مانعة من ارتكاب أســـبابها ، لأنهـــا موانـــع قـــبل الفعل، زواجر بعده، أى العلم بشـــرعيتها يمـــنع الإقدام على الفعل، وإيقاعها بعده يمنع العود إلـــيه(٥).وقـــد وضـــع الشارع الحدود لتأديب الجانى، وكفه هو وغيره عن الجريمة ، ولولا ذلك لفشت الرذائل فى الناس. وكل العقوبـــات التى تنزل على الجانى ضرر واقع عليه، لأن الرجم والجلد ضرر ، وإجراء حكم الشارع فى قطاع الطريق وقمعهم ، وفل شوكتهم ضرر، ولكنه ضرر أخف، لأنه يتعلق بشخص ، ولـــو لم تقم الحدود لوجد ضرر عام ، فمن ثم وجب أن نقيم

(١) تفسير المنار: حـــ٢ ص٢٥٦.

(٢) الجامع لحكام القرآن حـــ٢ ص٩٦.

(٣) القاموس الفقهى ص٣٠٤.

(٤) الأشباه للسيوطى ص ٩٦.

(٥) شرح فتح القدير حـــ٤ ص١١٢.

الحــد، وهــو مضرة خفيفة لدفع الضرر الأعظم. وقتل تارك الصلاة ضرر ولكن الضرر فى عدم قتله أغلظ ، لأنه يدعو إلى تهــاون الــناس ، لــترك أهم ركن من أركان الإسلام ، وهو الصلاة.

(٣) قتال البغاة:

والــبغاة: مســلمون مخالفون للإمام العادل، سموا بذلك لبغــيهم وظلمهم[١] ففى قتالهم ضرر ومشقة، ولكنه لدفع ضرر أعظــم وهــو عدم استتباب الأمن فى المجتمع ، فشرع قتالهم لذلــك، قال تعالى: ﴿ **فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ** ﴾ [٢]، فإذا طلب القتال لبغى طائفة ، فللبغى على الإمام أولى[٣].

(٤) دفع الصائل:-

فــإذا صال إنسان على آخر، جاز دفعه بالأخف باعتبار غلــبة ظــن المصــول عليه، لأن ذلك جوز للضرورة ، ولا ضــرورة فــى الأثقل مع تحصيل المقصود بالأخف[٤] ، ومتى انــتقل أعلى لمرتبة، مع إمكان أخف منها ضمن. فدفع الصائل ضــرر، لأنــه ربما يقتل ، ولكن شيوع الصيال والتعدى على

---

(١) الأشباه وحاشية الباجورى حــ٢ ص٢٥١.

(٢) من الآية رقم (٩) من سورة الحجرات.

(٣)حاشية الباجورى حــ٢ ص٢٥٢.

(٤)الأشباه ص٩٦ ، نهاية المحتاج للرملى حــ٢ ص٢٧.

حـــرمات الـــناس وأموالهم وأعراضهم ضرر أعظم ، فيرتكب الضرر الأخف ، وهو دفع الصائل لدفع الضرر الأعظم.

(٥) الإجبار على قضاء الديون[١].

فالمدين القادر يجبر على الوفاء بدينه، وهو ضرر، لأنه فضـــيحة له علـــى رؤوس الأشهاد ، ولكن بقاء الدين، وهو هم بالليل، وذل بالنهار ضرر أعظم، فيرتكب الضرر الأخف وهو إجبار المدين لدفع الضرر الأعظم ، وهو المماطلة التى تسرى بين الناس[٢].

(٦) النفقة الواجبة:-

يلزم الشخص نفقة أصوله، وفروعه ، أما الفروع فلقوله تعـــالى:﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [٣] وأما الأصـــول فبالقياس على الفروع ، بجامع البعضية، بل الأصول أولـــى، لأن حرمة الوالد أعظم[٤]، وأيضاً تجب نفقة الحواشى بعضـــهم علـــى بعض بظاهر قوله تعالى:﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [٥] والـــنفقة شـــاملة للكسوة والسكنى والمأكل والمشرب وذلـــك بالشروط المعتمدة فى وجوب النفقة فوجوبها ، والإجبار

---

(١) المرجع السابق.

(٢) أصول الفقه للخضرى ص٢٠٩

(٣) من الآية رقم (٢٣١) من سورة البقرة.

(٤) شرح المحلى على المنهاج حـ٤ ص٨٤.

(٥) من الآية رقم (٢٣٣) من سورة البقرة .

علـيها ضرر على المنفق، ولكنه يحتمل لدفع الضرر الأعظم، وهـو موت المنفق عليه وهلاكه، وهو أعظم من الإجبار على النفقة[1].

(٧) الظفر بالحق[2].

فمـن قدر على استيفاء حق له مضبوط معين فله استيفاؤه[3]، إذا امتـنع عـن الأداء من عليه الحق وليس عند صاحب الحق وسيلة من وسائل إثبات هذا الحق تخول له الرفع إلى القاضي. فـإن الأخذ من مال الغير بغير إذنه ضرر، ولكنه يرتكب لدفع الضرر الأعظم، وهو ضياع الدين على صاحبه ومن أجل ذلك أبـاح الشـارع للظافر بحقه أن يأخذه كانتزاع المغصوب من غاصبه، والمسروق من سارقه ولكن يستثنى من الظفر بالحق، القصـاص، فإنه لا يستوفى إلا بحضرة الإمام، لأن الانفراد باستيفائه محرك للفتن. وكذلك لا يستوفى حد القذف إلا بحضرة الإمام[4].

(٨) أخذ المضطر طعام غيره:

فـيجوز للمضطر أخذ طعام غيره إذ كان ليس مضطراً إلـيه، وله قتاله عليه إذا امتنع من بذله له، وهو ضرر، ولكن

---

(١) المبسوط حـ٥ ص٢٢٣.

(٢) الأشباه للسيوطي ص٩٦.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام حـ١ ص١٩٧.

(٤) المرجع السابق.

هـــلاك نفـــس المضـــطر ضرر أعظم، والشريعة أباحت ذلك للحفـــاظ على مهجة المضطر من الموت ، ولكن يلزم المضطر دفـــع قـــيمة الطعـــام ، لأن أموال الناس مصونة ولا تباح إلا بحق[1].

(٩) قطع شجر الغير :

فإذا امتدت شجرة إلى بيته ومنعت الهواء والضوء عنه، أو تضـــرر بها فى ممره، أو كثر وقوف الطير عليها، وتضرر بذلـــك ، فلــه قطـــع هذه الفروع الممتدة ، أو قطع الشجرة من أصلها. فقطع الشجرة ضرر إلا أن بقاءها ضرر أشد ، فيرتكب الأخف لدفع الضرر الأعظم[2].

(١٠) شق بطن الميت:

فإذا مات إنسان وعلم أهله ، أنه بلغ ما لا بسبب بخله[3] فيجوز شق بطنه، وإخراج المال منها فشق بطن الميت ضرر، لأن حـــرمة الميت كحرمة الحى ، ولكن وجود المال فى بطنه أعظـــم ضـــرراً لأنـــه ربما يحيى نفوساً كثيرة ، هى فى أشد الحاجـــة إلـــيه. وكذلك إذا كان فى بطن امرأة ميتة ولد ترجى حياته، فيجوز شق بطنها لإخراجه وهو ضرر ، ولكن ترك هذا الولد فى بطنها ضرراً أعظم ، فيرتكب الضرر الأخف ، وهو

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٩٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق ص٩٦.

شق بطن الميتة لدفع الضرر الأعظم لإنقاذ حياته. ويكون ذلك بإخبار طبيب عدل ، أو بإمارات دالة على ذلك. وقد أفتى الإمام أبو حنيفة –رحمه الله بذلك فعاش الولد[1] بخلاف ما لو ابتلع لؤلؤة فمات، فإنه لا يشق بطنه ، لأن حرمة الآدمى أعظم من حرمة المال[2]. وهذا عند غير الشافعية فإنهم يسوون بين حرمة المال وحرمة الآدمى فى جواز الشق.

(١١) رمى الكفار:

ورمى الكفار إذا تترسوا بنساء أو صبيان أو بأسرى المسلمين وبيان ذلك أن الكفار لو تترسوا فى الحرب وراء الصبيان أو النساء لكى لا يستطيع المسلمون قتالهم ، فيجوز فى هذه الحالة رمى النساء والصبيان وأسرى المسلمين ، وإن كان فيه ضرر ، لأن فى عدم رميهم ضرر أعظم ، وهو انتصار الكفار، واستيلاؤهم على أرض المسلمين، وممتلكاتهم ، فيرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم[3].

(١٢) طلب القسمة فى الشفعة:

ولو كان له عشر دار لا يصلح للسكنى،والباقى لآخر، وطلب صاحب الأكثر القسمة، أجيب فى الأصح، وإن كان فيه

---

(١) الأشباه لابن نجيم ص٨٨.

(٢) الأشباه لابن نجيم ص٨٨.

(٣)حاشية النجدى على الروض المربع حـ٤ ص٢٧١.

ضرر شريكه[1].

فلو اشترك اثنان فى دار صغيرة، ولأحدهما تسعة أعشارها، وللآخر عشرها، وهو لا يصلح للسكنى وطلب صاحب الأكثر القسمة ليستقل بالمنافع، والممر والمرافق كالبالوعة وغيرها، فالأصح أنه يجاب إلى القسمة، لأن ضرره أعظم من ضرر الأقل، فيحتمل الضرر الأقل، لدفع الضرر الأعظم . ومقابل الأصح، لا يجاب لأننا سنوقع بصاحب الأقل ضرراً، وهو تضييع حقه، والضرر لا يزال بالضرر، فهو مع أصل القاعدة : [الضرر لا يزال بالضرر] [2] ويجاب عن ذلك، بأن صاحب الأقل، مهما لحقه من ضرر، فإنه لا يساوى ضرر صاحب الأكثر، ومن ثم فيرتكب الضرر الأخف لدفع الضرر الأعظم. وعليه فإذا طلبها لزم إجراء القسمة.

(١٣) إحاطة الكفار بالمسلمين:-

ولو أحاط الكفار بالمسلمين، ولا مقاومة بهم جاز دفع المال إليهم، وكذا استنفاذ الأسرى منهم بالمال، إذا لم يمكن بغيره، لأن مفسدة بقائهم فى أيديهم ، واستئصالهم للمسلمين أعظم من بذل المال[3] وبيان ذلك، أنه لو أحاط الكفار بالمسلمين ، وأصبحت الغلبة لهم، ولم يقدر المسلمون على

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٩٦ .

(٢) روضة الطالبين جـ٥ ص٧١ .

(٣) الأشباه للسيوطى ص٩٦.

مقاومتهم، لأنهم كانوا أكثر منهم عدداً وعدة فيجوز دفع المال لهم، فدفع المال ضرر أخف، فيجوز لدفع الضرر الأعظم، وهو هلاك المسلمين ، حيث لا قوة لهم تمكنهم من دفع الكفار، وكذلك إذا وقع المسلمون أسرى في أيديهم، ولا يمكن إنقاذ حياتهم ، إلا بدفع المال، أو ما يقابل المال من عتاد حربي ، أو غير ذلك جاز، لأنه ضرر أخف من بقاء المسلمين في أيديهم أسرى لإذلالهم، واستئصالهم.

(١٤) الخلع في الحيض:-

والخلع في الحيض لا يحرم لأن إنقاذها منه مقدم على مفسدة تطويل العدة عليها. وشرح ذلك، أن الخلع أثناء الحيض يجوز ، وإن كان فيه تطويل العدة وهو ضرر عليها، إلا أنه أخف من ضرر بقائها مع رجل سيئ الخلق، لا تطيق عشرته ، ولا يعطيها حقوقها ، ويتفنن في إيذائها مما جعلها تبذل المال في سبيل خلاصها منه، وهو ضرر أعظم ، فيدفع بارتكاب الأخف وهو الطلاق في الحيض(١).

والخُلع : فراق الزوجة على مال. وهذا لغة.

وشرعاً: إزالة ملك النكاح ، المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع ، أو ما في معناه. والخلع والفدية والصلح ، والمبارأة ، كلها بمعنى واحد، وهو بذل المرأة العوض على طلاقها. إلا أن

---

(١) الأشباه للسيوطي ص٩٦.

اسـم الخلـع يختص ببذلها جميع ما أعطاها ، والصلح ببعضه والفدية بأكثره ، والمبارأة بإسقاطها عنه حقاً لها عليه[1].

(١٥) وقوع شخص فى نار:-

ولو وقع فى نار تحرقه ولم يخلص إلا بما يغرقه، ورآه أهـون عليه من الصبر على لفحات النار، فله الانتقال إليه فى الأصح[2].

وبيان ذلك كما يلى:-

إذا اشتعلت نار فى سفينة ، وفيها جماعة فلهم أن يظلوا فـيها وهو ضرر أعظم ، ولهم أن يلقوا بأنفسهم فى الماء، وهو ضـرر أخـف وأهون وقد يكون فى ذلك نجاتهم بأن يوجد من يـنقذهم من الغرق، وذلك على فرض أنهم لا يعرفون السباحة فـإن كانوا يعرفونها ، فيجب عليهم أن يلقوا بأنفسهم ، وإلا فهم آثمـون . وهـذا هـو الأصح ومقابل الأصح ، أنهم لا يلقون بأنفسهم فى الماء، ووجهه أن الموت لاحق بهم وواقع لا محالة فى كلتا الحالتين، وبناء على مقابل الأصح فليس هذا الفرع من القاعدة.

قـال الشيخ جاد الرب -رحمه الله- إنه يتعين على من شـبت فـيه الـنار إلقـاء نفسه فى الماء لدفع الضرر الأعظم بالضرر الأخف مطلقاً.

---

(١) القاموس الفقهى ص١٢٠.

(٢) الأشباه للسيوطى ص٩٦.

(١٦) أكل الميتة أو طعام غائب[١].

ولو وجد المضطر ميتة ، وطعام غائب ففيه ثلاثة أوجه:-

الأول: وهو الأصح: يجب الأكل من الميتة لأنها مباحة بالنص قال تعالى:﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [٢] ، أما طعام الغير ، فثابت بالاجتهاد، والنص أقوى من الاجتهاد المبيح مال الغير، بغير إذنه[٣].

الثاني: مقابل الأصح: يأكل طعام الغير لحل عينه، وذاته ، وأما الحرمة فقد جاءت لعارض وهو كونه مملوكاً لغيره. وأما الميتة فهـــي محرمة عيناً وذاتاً، فيكون ما حرم لعارض أولى بالأكل مما حرم لذاته.

الثالث: يتخير بينهما:-

ومقابل الأصح، أقوى، ومستساغ عقلاً ومقبول إدراكاً ، فيكون طعام الغير أولى من الميتة[٤] وعليه فلا يكون الفرع من القاعدة.

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٩٦.

(٢) من الآية رقم (١١٩) من سورة النعام .

(٣) روضة الطالبين جـــ٢ ص٢٨٩ ، نهاية المحتاج جـــ٨ ص١٦٣.

(٤) روضة الطالبين جـــ٣ ص٢٨٩.

القاعدة الثانية

" يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام".

هـذه قـاعدة مهمـة ، مبنية على مقاصد الشريعة فى مصـالح العباد، واستخرجها المجتهدون من الإجماع ، ومعقول النصـوص. فالشرع إنما جاء ليحفظ على الناس دينهم وأنفسهم وعقولهم وأنسابهم وأموالهم ، فكل ما يؤدى إلى الإخلال بواحد مـنها فهـو مضـرة يجب إزالتها ما أمكن ، وفى سبيل تأييد مقاصـد الشرع، يدفع الضرر الأعم بارتكاب الضرر الأخص. ولهـذه الحكمة شرع حد القطع حماية للأموال ، وقتل الساحر المضـر، والكافـر المضل ، لأن أحدهم يفتن الناس ، والآخر يدعوهـم علـى الكفر ، فيحتمل الضرر الأخص ويرتكب لدفع الضرر الأعم[1].

ومن فروعها : جواز الحجر على المفتى الماجن حرصاً علـى ديـن النـاس، والطبيب الجاهل حرصاً على أرواحهم ، وعلـى المكـارى المفلس- وهو الذى يكرى الدواب[2] حرصاً علـى أموالهـم، وأوقاتهم، كما يجوز التسعير على الباعة دفعاً لضررهم عن العامة[3].

---

(١) الأشباه لابن نجيم ص٨٧، المجلة مادة ٢٦ المدخل فقرة (٥٩٣).

(٢) المصباح المنير حـ٢ ص٦٤٣.

(٣) الوجيز ص٨٥.

القاعدة الثالثة

" درء المفاسد أولى من جلب المصالح".

****

(أ) مفهوم القاعدة:

المـــراد بدرء المفاسد ، رفعها وإزالتها. فإذا تعارضت مفســدة ومصلحة، فدفع المفسدة مقدم فى الغالب، إلا أن تكون المفســدة مغلوبــة لأن اعتــناء الشرع بترك المنهيات أشد من اعتــنائه بفعل المأمورات، لما يترتب على المناهى من الضرر المنافى لحكمة الشارع فى النهى.

ودرء - بفــتح الــدال المهملة أى دفع، المفاسد: مفرد مفسدة ، وهى مصدر الفساد ، وهو ضد الصلاح، استفسد ضد استصــلح(١) والمصالح هى الأمور التى فيها مصلحة شخصية كانت أو عامة.

(ب) دليل القاعدة:

هذه القاعدة ، يستدل عليها بقوله -ﷺ-[إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيئ فاجتنبوه] (٢).

وقولـــــه -ﷺ- [لترك ذرة مما نهى الله عنه أفضل من

---

(١) المنجد فى اللغة ص٦١٣، الأشباه للسيوطى ص٩٧. وأشباه ابن نجيم ص٩٠ ، الخادمى ص٣١٩، المجلة مادة (٣٠).

(٢) مسلم جـ٢ ص٩٧٥.

عبادة الثقلين] [1].

ودليل هذه القاعدة: هو فى نفس الأمر دليل على أن ترك المحظورات أهم من فعل المأمورات ومن ثم أوجب الشارع الإتيان بالمأمور على قدر الاستطاعة ، والاجتناب عن المنهيات دائماً.

ومن أجل اعتناء الشارع بالمنهيات أشد سُمح فى ترك بعض الواجبات تسهيلاً وتجاوزاً بأدنى مشقة ، ومن ذلك إن لم يستطع الإنسان أن يصلى قائماً فى فرض الصلاة ، صلى قاعداً ، فإن لم يستطع قاعداً صلى مضجعاً... الخ" وإن لم يستطع الصوم فى رمضان لأدنى مشقة تلحقه بأى سبب من الأسباب ، كسفر أو مرض ، جاز له الفطر ومن تعذر عليه استعمال الماء للطهارة ، لفقده أو لمرض أو حاجة كعطش له أو لحيوان ، جاز له التيمم ، ومن فقد الماء والتراب جاز له الصلاة لفقد الطهورين. ولم يسامح فى الإقدام على المنهيات، وخصوصاً الكبائر، بل قد حرم مقدمتها ، لأن مقدمة الحرام حرام. والكبائر مختلف فيها، فقال عبدالله بن عمر – رضى الله عنهما – إنها تسعة وهى:-

الشرك بالله – قتل النفس بغير حق– قذف المحصنة –الزنا– الفرار من الزحف– السحر– أكل مال اليتيم – عقوق الوالدين

---

(١) الفوائد الجنية حـ١ ص٢٨٢.

المسلمين- الإلحاد فى الحرم.

وزاد أبو هريرة -ﷺ- أكل الربا. وزاد الإمام على-ﷺ- ، السرقة وشرب الخمر.

وقـــيل كل معصية أصر عليه العبد فهى كبيرة، وكل ما اســـتغفر عـــنه فهى صغيرة ، وقيل: كل ما أوعد عليه الشارع بخصوصـــه. وقـــيل: الكبيرة : ما كانت حراماً محضاً، شرع علـــيها عقوبـــة محضة، بنص قاطع ، إما فى الدنيا ، وإما فى الآخـــرة، وكذا الإعانة على المعاصى والفجور ، والحث على ذلك من جملة الكبائر ، وكذلك سب الصحابة كبيرة(١).

ومـــثلها قولهـــم : " إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع ، إلا إذا كان المقتضى أعظم"(٢).

والمـــراد بالمقتضـــى هنا: الأمر الطالب للفعل، فوجود المـــانع يمـــنع مـــن الفعل غالباً. وهذا من باب تغليب جانب الحرمة على جانب الحل ، بناء على قاعدة " إذا اجتمع الحلال والحـــرام ، أو المبيح ، والمحرم غلب الحرام(٣) لأنه فى تغليب جانب الحرمة درء مفسدة ، وتقديم المانع ، ومن ثم إذا تعارض دلـــيل يقتضى التحريم، وآخر يقتضى الإباحة ، قدم الحظر فى

---

(١) غمر عيون البصائر حـــ١ ص٢٩٠، الفوائد الجنية المرجع السابق.

(٢) قواعد الزركشى حرف التاء.

(٣) قواعد الزركشى حرف الهمزة.

الأصح تغليباً للتحريم ودرءاً للمفسدة[1].

(حـ) فروع القاعدة:-

(١) إذا وجب على المرآة غسل، ولم تجد سترة من الرجال، تؤخـر الغسل ، لأن فى كشف المرأة على الرجال مفسدة عظيمة.

(٢) ولهذا تمنع التجارة فى المحرمات من خمر ومخدرات ، وخنزير ، ولو أن فيها أرباحا ومنافع اقتصادية هائلة.

(٣) ولـو اشـتبهت محـرمة بأجنبيات محصورات لم يحل الزواج بإحداهن.

(٤) وما كان أحد أبوية مأكول اللحم ، والآخر غير مأكول ، لا يحل أكله على الصحيح وكذلك لو اختلطت ميتة بمذكاة، أو بعشـر مذكيات ، فهذه شبهة يجب اجتنابها بالإجماع ، لأنه لا مجال للاجتهاد[2].

(٥) ومـنها: إذا أرسـل كلبه المعلم،وشاركه كلب آخر غير معلم فى الصيد ، حرم أكل الصيد بهما، وكذا لو شارك من تحـل ذبيحته كمسلم وكتابى ، من لا تحل ذبيحته كمجوسى ووثنى ، حرم المذبوح تغليباً للتحريم[3].

(٦) ولو اختلطت زوجته بغيرها فليس له الوطء بالاجتهاد.

---

(١) المرجع السابق حرف التاء.

(٢) إحياء علوم الدين حـ٥ ص٨٢٩.

(٣) محاضرات فى الفقه الشافعى ص٢٧.

(٧) المـــبالغة فـــى المضمضـــة والاستنشاق مسنونة وتكره للصـــائم. والمـــبالغة فـــى المضمضة وصول الماء إلى الحلقـــوم ، وفـــى الاستنشـــاق وصول الماء إلى الخياشيم. والمـــبالغة فى المضمضة والاستنشاق سنة مرغوب فيها، وهـــى مصـــلحة يثاب فاعلها ، وإن كان لا يعاقب تاركها. ولكـــن احتمال فساد الصوم بها مفسدة واجبة الدرء، وتقدم على المصلحة فى إتيان السنة وقد قال -ﷺ- : [ولا تبالغ ما كنت صائماً].

(٨) تخلـــيل الشـــعر ســـنة فـــى الطهـــارة ويكـــره للمحرم اللحـــية: إن كانت خفيفة لا تحتاج إلى تخليل، أما إذا كانت كثـــيفة، فيســـن أن يخللها فى الغسل والوضوء ، فإذا كان محـــرماً فـــيكره له تخليل الشعر، خوف سقوط شعر منه ، فيجـــب علـــيه دم ، وفـــيه مفسدة لأنها أوجبت فدية، وهى عقوبة ، فيقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة.

(٩) مسالة التسعير:- أى تسعير الإمام للأشياء عندما يتعدى الـــتجار تعدياً فاحشاً فى قيمة الأشياء ، وذلك بمشورة أهل الخـــبرة ، فالتســـعير مفسدة لحديث أنس -ﷺ- قال : غلا السعر على عهد رسول الله -ﷺ- فقالوا : يا رسول الله ، ســـعر لـــنا فقـــال : [إن الله هـــو المسعر القابض الباسط الرازق، وإنى لأرجو أن ألقى ربى وليس أحد منكم يطلبنى

بمظلمـــة بـــدم ولا مال] [1] ، ولكنها مفسدة محتملة جازت لدفـــع مفســـدة أعظم وهى الضرر العام على الناس جميعاً بغلو الأشياء عليهم ، أو احتكارها.

(١٠) مشروعية ترك الجماعة والجمعة لعذر:

ومن فروع هذه القاعدة، مشروعية ترك الجمعة والجماعة لعذر من الأعذار الآتية:-

١-المـــرض الذى يشق معه الشيئ ، كمشقة المشى فى المطر وألـــم يـــبلغ حداً يسقط القيام فى الفريضة، لأنه -ﷺ- لما مـــرض تـــرك الصلاة بالناس أياماً كثيرة ، وأما المرض الخفيف كوجع ضرس فليس بعذر.

٢-الخـــوف من ظالم على معصوم من نفس أو منفعة أو مال أو عـــرض أو حـــق له ، بشرط أن لا يقصد بذلك إسقاط الجماعة وإلا فليس بعذر.

٣-تمـــريض الضـــائع: أى حضور مريض بلا متعهد له لئلا يضيع ، سواء كان قريباً أو أجنبياً إذا خاف هلاكه إن غاب عنه[2].

٤-وقـــد تـــراعى المصلحة لغلبتها على المفسدة، مثال ذلك ، الصـــلاة مع اختلال شرط من شروطها من الطهارة ، أو الســـتر ، أو الاستقبال ، فإن فى كل ذلك مفسدة لما فيه من

---

(١) الفوائد الجنية : حـــ١ ص٢٨٣، غمز عيون البصائر حـــ١ ص٢٩٣.

(٢)

الإخـــلال بجلال الله تعالى فى أن لا يناجى إلا على أكمل الأحـــوال ، ومتى تعذر عليه شيئ من ذلك جازت الصلاة بدونه تقديماً لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة.

٥-الكـــذب : ومـــنه الكذب مفسدة محرمة ، وهى متى تضمن جلب مصلحة ترد عليه جاز، كالكذب للإصلاح بين الناس ، والكـــذب فى الحرب، والكذب على امرأته، وهذا النوع راجـــع فـــى الحقيقة إلى ارتكاب أخف المفسدتين. والمراد بـــالكذب هنا المعاريض لا الكذب الخالص، والمعاريض : أن يـــتكلم الرجل بكلمة يظهر من نفسه شيئاً ومراده شيئ آخر(١).

الفروع المستثناة من القاعدة:

يستثنى من القاعدة ما يلى:-

(١) لـــو رمـــى ســـهماً علـــى طائـــر فجـــرحه ووقـــع على الأرض،فمـــات، فإنـــه يحل، وإن أمكن إحالة الموت على الوقوع على الأرض، لأن ذلك لابد منه، فعفى عنه.

(٢) ومنها: معاملة من أكثر ماله حرام، إذا لم يعرف عينه، لا يحرم فى الأصح، ولكن يكره وتشتد الكراهة بكثرة الحرام، وتخف بكثرة الحلال (٢).

(٣) لـــو اختلطت محرمة، بنسوة قرية كبيرة، فله النكاح منهن،

---

(١) غمز عيون البصائر جـــ١ ص٢٩٣ ، الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٨٤.

(٢) قواعد الأحكام جـــ١ ص٨٥ .

لندرة الوقوع فى الحرام[1].

(٤) ومـــنها جواز مس كتب التفسير والحديث، للمحدث، سواء كان الأكثر تفسيراً أو قرآناً.

(٥) ولـــو جمـــع فى عقد واحد بين من تحل له، ومن لا تحل، كمن يجمع بين مسلمة ووثنية أو أجنبية ومحرم، جاز العقد فيمـــن تحـــل وبطـــل فـــى غيرها، لأن لكل واحدة حكمها المستقل بها.

(٦) إذا اخـــتلط الواجـــب بالمحرم، فتراعى مصلحة الواجب، كاختلاط موتى المسلمين بالكفار، يجب غسل الجميع، نظراً لإقامـــة مصلحة ذلك فى حق المسلمين . وقيل: لا يصلى على الجميع بل ينوى الصلاة على المسلمين خاصة، ويميز بالنـــية . ودلـــيله: مـــا احتج به البيهقى: بأن النبى ﷺ مر بمجلـــس فـــيه أخـــلاط مـــن المسلمين، والمشركين، فسلم عليهم[2].

(٧) والهجـــوة علـــى المـــرأة من بلاد الكفار واجبة، وإن كان سفرها وحدها حراماً[3].

---

(١) المرجع السابق جـــ١ ص٨٤ .

(٢) رياض الصالحين ص٣٦٢ .

(٣) قواعد الزركشى حرف الهمزة.

القاعدة الرابعة:

" الضرورات تبيح المحظورات، بشرط عدم نقصانها عنها"[1].

هـذه القـاعدة لها ارتباط بقاعدتى : " الضرر يزال وقاعدة : " المشقة تجلب التيسير".

(أ) **معنى القاعدة:**

الضـرورات : جمـع ضرورة ، وهو المشهور ، مأخوذة من الاضطرار ، وهو الحاجة الشديدة[2].

والضـرورة : هـى وصول المكلف إلى حد لو لم يفعله لترتب علـيه ضـرر أعظـم، فـالله ﷻ جعـل الضرورات مبيحة للمحظورات شرعاً ، ولأن الضرورة لو لم تبح المحظور لوجد الضـرر، فلـو لـم يأكل المضطر قطعة اللحم الميتة لهلك ، والضـرر يزال ، فبان وظهر وجه الارتباط بين هذه القاعدة، وهى الفرع، بالقاعدة الأم. بشرط عدم نقصان الضرورات عن المحظورات.

ومعـنى هـذا أن الممنوع شرعاً يباح عند الضرورة [3]وهى شـدة الجوع، بحيث إذا لم يتناول الممنوع هلك ، فيجوز الأكل مـن الميـتة ، ويكـون بقدر سد الرمق ، لأن الضرورة تقدر بقدرها.

---

(١) الأشباه لابن السبكى حـ١ ص٤٣.

(٢) المجلة مادة (١٨).

(٣) مجلة الأحكام شرح الأتاسى ص٥١-٥٥.

فـــالأكل من الميتة محظور ، ولكن إبقاء مهجة الإنسان عند المخمصة ضرورة، أقوى من المحظور ، فيباح المحظور ، لأجـــل الضرورة فيجب عليه الأكل لإبقاء روحه، فلو لم تبح الضـــرورات لمـــا تحقق الضرر يزال ، فظهر ارتباط القاعدة بالفرع.

(ب) دليل القاعدة:

أصـــل هـــذه القاعدة قوله تعالى:﴿ **وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ** ﴾ (1)، وهى قاعدة : أصولية فقهية.

(حـ) فروع هذه القاعدة:

(1) إساغة اللقمة بالخمر:-

إساغة : اسم مرة، من أساغ الطعام أو الشراب أى سهل مدخلة فى الحلق ، وساغ له دخوله فيه والسائغ: الشراب ، هذا وسهل مدخله فى الحلق فهو سائغ ، وسيغ وأسوغ(2).

والخمـــر: هـــى مـــا تخمر وأسكر من عصير العنب وغيره، وســـميت بذلـــك ، لأنهـــا تركت فاختمرت ، واختمارها تغير ريحها. وقيل : لمخامراتها العقل(3) وذلك عند الجمهور.

وعـــند الإمـــام أبى حنيفة -رضي الله عنه- هى اسم للنبئ من ماء

---

(1) من الآية رقم (119) من سورة الأنعام.

(2) القاموس المحيط حـــ2 ص300، المنجد فى اللغة ص374.

(3) معجم الفقهاء ص200.

العنب ، بعد ما غلا واشتد وقذف بالزبد، ثم سكن[1]. وبناء على ذلك فلو وقفت لقمة فى بلعوم رجل ، ولم يجد ماء ووجد خمراً ، فعليه أن يشرب الخمر لإساغة اللقمة، دون أن يتجاوز الشرب مختاراً بعد الإساغة ، وإلا كان شارباً للخمر ، ويقام عليه الحد. فلو لم نبح له شرب الخمر لهلك وهذا ضرر، والضرر يزال. فالضرورة هنا وجود الغصة، والمحظور: هو إساغة اللقمة بالخمر، وإنما أبيح للضرورة ، فلو وجد غيره فلا يجوز ، ويكفى أن يغلب على ظنه حدوث ضرر، لا يحتمل فى نفسه أو ماله[2].

(٢) التلفظ بكلمة الكفر للإكراه:-

لو أكره شخص غيره ، وكان المكره – الحامل– قادراً على تحقيق وعيده ، وكان الإكراه على النفس ، أو المال ، أو العرض ، أو السمعة ، وهو ما يسمى بالإكراه الأدبى ، جاز للمكره، – بفتح الراء– التلفظ بكلمة الكفر، تقية لأجل أن يبقى على نفسه من القتل ، أو ماله من الغصب أو عرضه من الهتك. قال تعالى: ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْراً فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ [3] ، فإذا تعارض حق العبد، مع حق الرب

(١) البحر الرائق جـ٨ ص٢٤٧.

(٢) غمز عيون البصائر جـ١ ص٢٨١

(٣) الآية رقم (١٠٦) من سورة النحل.

، قـدم حـق العبد لاحتياجه وغنى الرب. بشرط أن لا ينطق بزيادة عن المطلوب ، وإلا يكون كافراً. فالتلفظ بالكفر محظوراً ، والإكـراه ضـرورة تبيح المحظور لرفع الإكراه، فالضرر يزال. ولأن حفظ المهج والأرواح أكمل من مفسدة التلفظ بكلمة لا يعتقدها الجنان ، ولو صبر عليها لكان أفضل عاقبة من أجل اعـتزاز الديـن ، وإجـلال رب العالميـن[1] وجاء فى الأثر المشـهور عن النبى -ﷺ- [رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما اسـتكرهوا عليه] والخبر وإن لم يصح سنده فإن معناه صحيح باتفاق العلماء[2].

فالإكـراه ضرورة ، وإباحة الشارع التلفظ بكلمة الكفر رخصة لدفع الضرر عملاً بقاعدة الضرر يزال، ولا قيمة لقول اللسان، مع اطمئنان القلب ، كما أنه لا قيمة للأعمال مع خراب القلب، فله أن ينطق بالكلمة المرادة فقط ولا يزيد، فإن قيل له: إن محمداً ليس رسولاً ، أى قيل له قل ذلك، فقالها، وزاد عليها ولـيس له إله ، فقد كفر، لأنه قالها وزاد ، وقد أبحنا له التلفظ بالكلمة لتندفع الضرورة ، ولا ضرورة فى الزيادة. مع ملاحظة أن المـراد بالإكراه هنا هو الإكراه التام أو الكامل أو الملجئ، وليس الإكراه الناقص، فإنه لا يبيح له ذلك.

---

(١) قواعد الأحكام حـ١ ص٩٩.

(٢) الجامع لأحكام القرآن حـ١٠ ص١٨١، حاشية ابن عابدين حـ٢ ص١٤٤ ط العثمانية.

(٣) إتلاف بعض المال:-

ويتصـــور ذلـــك، إذا كانـــت سفينة محملة بالبضائع ثم أوشـــكت على الغرق، ولا خلاص إلا بإلقاء بعض ما فيها من مـــال، فيرتكـــب الضرر الأخف وهو إتلاف بعض المال، لدفع الضـــرر الأعظم وهو إتلاف المال كله. وكذلك الحكم إذا كانت ســـفينة محملـــة بالناس، فيجوز إلقاء البعض من الناس، حتى يسلم الكل دفعاً للضرر الأعظم بالضرر الأخف.

فالضـــرورة هنا ، هي المحافظة على الكل، والمحظور: إتـــلاف الـــبعض ، والقاعدة في مثل ذلك ، إنه يرتكب الضرر الأخف، لدفع الضرر الأعظم في كل شيئ.

(٤) عموم الحرام وانتشاره:-

فـــإذا عم الحرام وانتشر في القطر كله، بحيث لم يوجد فيه طعام حلال، إلا نادراً ، فله أخذ ما يحتاج إليه، ولا يقتصر على قدر الضرورة ولا يتوسع في ذلك، كما يتوسع في الحلال، بـــل يقتصـــر على قدر الحاجة دون أكل الطيبات ونحوها من الكماليات حذراً من الوقوع في الحرام.

قـــال السيوطي: لا يقتصر على قدر الضرورة، بل يأخذ ما يسد حاجته، وفي ذلك سر عظيم لأنه لو عم الحرام، ومنعنا الـــناس من الأكل منه، لألحقنا بهم مشقات عظيمة، في المأكل والملـــبس والمشرب وغيرها، ولأنه لو اقتصر عليها لأدى إلى ضعف العباد، واستيلاء أهل الكفر والعناد في بلاد الإسلام.

والمشـــقات إذا تنوعـــت تنزل منزلة الضرورات فتأخذ حكمهـــا إذا عـــم الحرام. أما إذا وجد الحرام فى بعض البلاد، والبعض الآخر وجد فيه حلال، فإنه من الأحوط دينا أن يتناول من البلاد التى فيها طعام حلال ويكلف الذهاب إليها، ولا يجوز له أن يتعاطى من بلده التى عم الحرام فيها. قال ابن عبدالسلام: وفـــرض المسألة أن يتوقع معرفة صاحب المال فى المستقبل. فأما عند اليأس فالمال حينئذ للمصالح، لأن من جملة بيت المال مـــا جهـــل مالكه فيكون الكلام السابق مبنى على أنه يأخذ بقدر الحاجـــة مـــن المال الحرام إذا توقع معرفة صاحبه أما إذا لم يعرفــ فالمال للمصالح، فلا يكون حراماً لأن كل إنسان له حق فيه(١)، وهذه شبهة تدرأ عنه صفة الحرام، فيكون حلالاً. كما لا يجوز لمسلم أن يتوظف فى مكان يحرم العمل فيه إلا لضرورة مثل التوظف فى الخمارات والمراقص والملاهى، والمؤسسات المعادية للمسلمين ، ونحو ذلك ومنها البنوك التى تتعامل بالربا. وقولـــــه نادراً – أى لا نجزم بأننا تناولنا الحرام قطعاً ، أى لا نجزم.

(٥) نبش الميت بعد دفنه للضرورة:

نبش الميت هو إخراجه من القبر بعد دفنه ، فالضرورة هى دفن الميت بلا غسل ، أو وضعه فى القبر لغير القبلة ، أو

---

(١) قواعد الأحكام حـــ٢ ص١٨٨.

تكفيـــنه فى ثوب مغصوب، أو دفنه فى أرض مغصوبة ، فكل ذلـــك حـــرام ، وتخليص الميت من الحرام واجب وضرورة. والمحظـــور: هـــو نـــبش القبر الذى دفن فيه فأبيح المحظور للضـــرورة ومحـــل النـــبش مـــا لم يكن الميت قد تغير وتفتت أجزاؤه، وإلا فلا.

أمـــا الحنفية يقولون: بعدم النبش إذا دفن بلا تكفين لأن هتك حرمته أشد من تكفينه الذى قام التراب مقامه، ولا يقولون ذلـــك فـــى الغسل لأن الغسل لابد منه ، والتيمم أيضاً وهو بدل الغسل لابد فيه أيضاً من نبش القبر.

أمـــا الشافعية: فيقولون بالنبش إذا دفن لغير القبلة أو فى ثوب أو أرض مغصوبة ، ومحل هذا أيضاً إذا لم تتحلل الجثة ، وكان النبش لاحقاً بالدفن.

والمقصـــود بأن هذه القاعدة مقيدة بشرط عدم نقصانها عنها، أن هذا قيد يخرج ما لو كان الميت نبياً فإنه لا يحل أكله لأن حرمـــته أعظـــم فـــى نظـــر الشارع من مهجة المضطر، فالضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصان الضرورات عن المحظورات، وهذا المحظور أشد من الضرورة، فلا يصح أكـــل جسد النبى -ﷺ- لأن حرمته فى نظر الشارع أعظم من مهجة المضطر.

(٦) إتلاف شجر الكفار ونحوه:

ويجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم لحاجة القتال والظفر

بهــم، وكذا الذى يقاتلون عليه وهو الحيوان، فنصرة المسلمين واجبة، وإذا توقف هذا الواجب على محظور أبيح للضرورة ، وقــائد الجيش هو الذى يرى ما فيه نصرة المسلمين، فإن علم مــنازل كثيرة أو شجر قليل ، ففى هذه الحالة يهدم ما لابد منه فقــط ، وذلــك لأن الباقى سيكون غنيمة لنا، فإذا هدم الكل فقد ارتكب المحرم. وارتباط الفرع بالقاعدة، أننا لو لم نتلف الشجر مــا كانــت نصــرتنا، وإتلاف شجرهم وغيره محظور حرام فيرتكــب ذلــك لأجل النصرة وهى ضرورة. وكل ذلك لأجل القتال، وكذا نرتكب فيها القتل بقدر الضرورة. وأننا لو لم نفعل ذلــك لوقعت الهزيمة بنا فالضرورة هى الظفر بهم،والمحظور: هــو إتــلاف حيواناتهم التى يقاتلون عليها- فهى كالدبابات فى زماننا- فلو لم يبيح الشرع لنا ذلك لانتصروا علينا ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

القاعدة الخامسة:

"ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"

(أ) معنى القاعدة :

هــذه القاعدة من القواعد المرتبطة بالقاعدة الأم التى هى [الضــرر يــزال] وارتبطــت أيضاً بقاعدة: [الضرورات تبيح المحظــورات بشرط عدم نقصانها عنها] فمضمون القاعدة هذه أن الضـــرورات تبيح المحظورات مطلقاً ، فجاءت قاعدة : ما أبــيح للضرورة يقدر بقدرها للتنبيه على أن الضرورات تبيح

المحظـــورات بشـــرط عـــدم نقصانها عنها، أى لابد أن تقدر الضـــرورة بقدرهـــا ، وما زاد على قدر الضرورة فباق على الحظـــر. لأنـــه غـــير مضـــطر إليه إذ لابد أن نقف على قدر الضـــرورة. وارتـــباطها بالقاعدة الأم "الضرر يزال" أننا لو لم نقدر الضرورة بقدرها، وقع الضرر، لان مجاوزة القدر الوقوع فـــى الحـــرام، والوقوع فى الحرام ضرر، إذا لا يتحقق إزالة الضرر، إلا إذا قدر بقدره ، أو أزيل بقدره.

والمعنى أن الشيئ الذى يباح بناء على الضرورة، يكون بالقدر الكافى لإزالة تلك الضرورة فقط، ولا يجوز استباحة ما هـــو أكثر مما تزول به الضرورة[١]، والضرورة : هى العذر الـــذى يجـــوز بسببه فعل الشيئ الممنوع[٢]، والمحظور : هو ارتكاب ما نهى الله عنه فى الظروف العادية. وقد وضعت هذه القـــاعدة للتنبـــيه على أن المحظورات إنما يرخص منها بالقدر الذى تندفع به الضرورة فإذا اضطر الإنسان المحظور فليس له أن يتوسع فى المحظور ، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط[٣].

(ب) دليل القاعدة:

الأصـــل فى هذه القاعدة ، قوله تعالى:﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ

(١) درر الحكام ص٣٤.

(٢) المرجع السابق والأشباه للسيوطى ص٩٣.

(٣) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص١٨٧.

بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (1) وقولـــــه تعـــالى:﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (2)، فقــد حرم الله الأكل من الميتة إلا عند الضرورة، فيــباح الأكــل على مقدار سد الرمق، لأن بعد سد الرمق غير مضـــطر إلـــيه، فـــلا يباح، ولا فرق فى المحرم بين المأكول والمشـــروب، لكن إذا كان المشروب مسكراً، واضطر إليه فلا يشـــربه، لأنه لو شربه لعطش، فهو حينئذ لا يزيل العطش، بل يثـــيره، ما لم يغص بلقمة ولم يجد غير المسكر، فله أن يسيغها بـــه، وارتـــباط هذه القاعدة بالقاعدة الأم: الضرر يزال" ظاهر وقوى من حيث إننا لو لم نقدر الضرورة بقدرها، وقع الضرر، لأن مجاوزة القدر المطلوب لإزالة الضرورة وقوع فى الحرام وهو ضرر، فلا يتحقق الضرر يزال، إلا إذا أزيل بقدره.

(جـ) من فروع القاعدة:

لهــذه القــاعدة فــروع كثــيرة، وهى تدور حول جواز إباحة المحظور، وأن يكون بقدر الضرورة، ومنها:

(1) المضطر لا يأكل من الميتة إلا بقدر سد الرمق:

المضـــطر مـــباح له المحظور: وهو أكل الميتة، ولكنه يأكل المـــباح له، وهـــو بقدر سد الرمق، والرمق: هو بقية الروح، لاندفـــاع الضـــرر به، ولأنه بعد سد رمقه غير مضطر، فزال

---

(1) من الآية رقم (١٤٥) من سورة الأنعام.

(2) من الآية رقم (٣) من سورة المائدة.

الحكم بزوال علته، وما أبيح للضرورة يقدر بقدرها ، فلا يجوز للمضطر أن يشبع مطلقاً، سواء توقع حلالاً يجده قريباً أم لا.
وقيل: له أن يشبع إن لم يتوقعه، لإطلاق الآية والمراد بالشبع : ما يكسر سورة الجوع ، بحيث لا يطلق عليه اسم جائع، لا أن يمــلأ جوفــه حــتى لا يجــد للطعــام مساغاً، فإن هذا حراماً قطعــاً(١) ولا يجوز للمضطر بعد الأكل التزود بشئ من الميتة كى لا يتجاوز قدر الضرورة.

(٢) أخذ نبات الحرم:

لقد حرم الله تعالى، قطع نبات الحرم – حرم مكة والمدينة، لما روى أن رســول الله ﷺ قال : [إن إبراهيم عليه السلام ، حرم مكة ودعــا لهــا، وإنى حرمت المدينة، كما حرم إبراهيم مكة] وفى روايــة " اللهم بارك فى مدها وصاعها فلا يصاد صيدها، ولا يقطع شجرها إلا لعلف] (٢).

فحــرم المديــنة ، كحــرم مكة، فى تحريم قطع شجره والشــجر المــنهى عن قطعه ، هو ما ينبته الله تعالى من غير صــنع آدمــى، ولكن إذا كانت هناك ضرورة، فيجوز قطعه، ومــنها علــف البهائم، لأنه لو لم يؤخذ لهلكت حيوانات الحرم وهــذه ضرورة. أما بيعه فلا يجوز، لأنه لا ضرورة فى البيع. والضرورة تقدر بقدرها.

---

(١) الفوائد الجنية جــ١ ص٢٧١ .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى جــ٥ ص٣٥.

(٣) أخذ الطعام فى دار الحرب:

يجــوز للمحارب أن يأخذ من طعام دار الحرب بقدر ما تدعــو إلــيه الحاجة، فإذا وصل عمران دار الإسلام امتنع من ذلك، وإذا كان معه بقية ردها[١] ودار الحرب هى التى استولى عليها الكفار، وأصبحت تحت سلطانهم، ولو كان بها مسلمون، والمــراد بالطعام، كل ما هو مأكول، سواء كان اقتياتاً أو تفكها أو تداوياً . والحاجة تنزل منزلة الضرورة لأن الاقتصار على حد الضرورة فيه مشقة عظيمة ومن ثم فله أن يأخذ من الطعام بقــدر الحاجة قبل قسمة ما غنموه من دار الحرب، تشجيعاً له على الحرب، ولئلا يهلك جوعاً أو عطشاً من باب التيسير على المســلم . أما ما زاد على قدر الحاجة فلا يحل له، لأن ما زاد علــى الحاجــة يحرم أخذه[٢] لما روى أن رجلاً من أصحاب النــبى ﷺ توفى يوم خيبر، فذكروا ذلك لرسول الله ﷺ ، فقال: [صــلوا على صاحبكم فتغيرت وجوه الناس لذلك فقال : [إن صــاحبكم غــل فى سبيل الله، ففتشنا متاعه فوجدنا خرزاً من خرز يهود، لا يساوى درهمين] [٣].

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٩٤ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن جــ٤ ص٢٥٨ .

(٣) الموطأ جــ٢ ص٤٥٨، أبو داود رقم (٢٧١٠). النسائى جــ٤ ص٦٤، ابن ماجه رقم (٢٢٨٤٨).

(٤) مداواة الرجل المرأة:

يجوز للرجل أن يداوى المرأة، ولو كانت أجنبية عنه، ولكن لا يجـــوز له أن يكشـــف من جسدها إلا بقدر ما يلزم للعلاج من ســـائر الأمراض فإن كشف ما يزيد عن مقدار الضرورة كان آثمـــاً وتكـــون المرأة آثمة هى الأخرى إذا كشفت عن ما يزيد علـــى قـــدر الضرورة ، إذا لو زدنا على قدر الضرورة، لما صـــدق " الضرر يزال" ولما رفعناه. وخرج بالأجنبية المحرم فإنـــه يـــراعى ما يحل له النظر إليه، ويقف عند حد الضرورة فيما لا يجوز.

(٥) تعدد الجمعة:-

يجوز تعدد الجمعة لعسر الاجتماع فى مكان واحد بقدر ما تندفع به الحاجة ، فلو اندفعت بجمعتين لم تجز الثالثة، وهذا مـــا قال به الأئمة كلهم لأن جواز التعدد ضرورة، والضرورة تقـــدر بقدرها والعيد حكمه حكم الجمعة، وعلى ذلك فالمسلم إذا أدرك الجمعة فى أى مسجد صلى وهو مطمئن على أن جمعته وقعت موقعها الصحيح وأديت كما طلبها الله تعالى منها.

(٦) يعفى عن محل الاستجمار[1].

وبـــيان ذلـــك، أن الاســـتجمار بالحجر يجوز مع وجود المـــاء، وهـــو يزيل عين النجاسة، ولا يزيل الأثر ، وأما الماء

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٩٤.

فهـو يزيل عينها وأثرها وقد عفى عن محل الاستجمار ، لأنه معفـو عنه للضرورة. ولكن إذا حمل المصلى مستجمراً بطلت صـلاته، لأن الضرورة تقدر بقدرها وحمل المستجمر تجاوز عن حد الضرورة.

(٧) وجود الطحلب فى الماء:-

الطحلب - بضم اللام، وفتحها -شيئ أخضر لزج يعلو المـاء[١]، ولو تغير الماء به لا يضر لأن وجوده ضرورة من ضـرورات الماء، ويندر أن يوجد ماء بلا طحلب، أما لو أخذه إنسان ودقه وطرحه فى الماء، وتغير به الماء ضر، ولا يجوز الوضـوء مـنه، لأن تجاوز حد الضرورة ، والضرورة تقدر بقدرهـا ، وعلـى ذلك لو تغير الماء داخل المواسير فلا يجوز استعماله فى الطهارة ، لأن وجوده متغير داخل المواسير نادر غير مستديم، والنادر لا يتعلق به حكم.

(٨) اقتناء الكلاب للصيد:-

إذا كـان اقتـناء الكلاب، أو الصيد ، أو للتعرف على المجرمين، مثل الكلاب البوليسية المدربة، فهذا جائز للضرورة ، والضـرورة تقدر بقدرها لما روى أن الملائكة لا تدخل بيتاً فـيه كلب أو صورة[٢]، فقد سال النبى -ﷺ- جبريل -عليه السلام- -

---

(١) المصباح المنير ص٤٣٧، الأشباه المرجع السابق.

(٢) سنن الدارمي، باب لا تدخل الملائكة بيتاً فيه تصاوير ولا كلب، ولا جنب جـ٢ ص٢٨٤.

عــن ذلــك فقال: لقد منعنا أن ندخل بيتاً فيه كلب أو صورة. فالأصــل: هو المنع ، ولكن جاءت حاجات الناس الداعية على اقتــنائها ، فكانــت الإباحة بقدر الضرورة. فالذى لا يحتاج إلا لكلــب، لا يجــوز له أن يقتنى أكثر منه، فإذا كانت الضرورة تقضـــى باثنيـــن، فلا يأخذ أكثر منهما لأنه أزيد من الضرورة، والزيادة لا تحل، لأن الضرورة تقدر بقدرها.

ومن ثم فالمحظور هنا: هو اقتناء الكلاب ، لما رواه ابن عمــر -ﷺ- أن رســول الله -ﷺ- أمر بقتل الكلاب، إلا كلب صــيد، أو كلب ماشية[1]، وما رواه أبو هريرة-ﷺ- قال: قال رســول الله -ﷺ- "من اتخذ كلباً ، إلا كلب صيد أو زرع ، أو ماشــية ، انــتقص مـــن أجره كل يوم قيراط"[2]، والضرورة حاجــات الناس إلى اقتناء الكلاب للحراسة أو الصيد مثلاً، فإذا اندفعــت الضرورة بكلب، توقف عليه، ليقدر الضرورة بقدرها فــإن اقتــنى ثــان أثم ، لأنه جاوز قدر الضرورة ، ووقع فى الحرام.

(٩) زواج المجنون:-

قد يكون علاج المجنون، أو هدوءه متوقف على زواجه. وقــال الأطباء : بأن الكبت الجنسى ربما هو السبب فى جنونه، والمحظــور هــو زواج المجنون، حيث جوز الشرع فسخ عقد

---

(١) نيل الأوطار حـــ٨ ص١٢٨.

(٢) المرجع السابق ط العثمانية.

الـــنكاح بالجـــنون ، ولكنه أبيح للضرورة ، والضرورة تندفع بوقـــوع الزواج الأول، وهو قدر الضرورة، أما الزواج الثانى تجـــاوز قدر الضرورة والوقوع فى الحرام والضرر، والضرر يزال.

(١٠) فصد المرأة:-

ولـــو فصد أجنبى امرأة، وجب أن تستر جميع ساعدها، ولا يكشـــف إلا ما لابد منه للفصد والتعبير بالفصد هنا للتمثيل، وإلا فكل من يعالج الأجنبيات بأى وسيلة يجب أن يقف عند حد الضـــرورة، فـــلا يكشف إلا ما دعت إليه الضرورة، وإلا إثم وأثمت.

والفصد: من فصد المريض شق عرقه[١].

(١١) ويعفى عن ميت لا نفس له سائلة:

الـــنفس: تطلـــق علـــى الذات والروح والدم، بطريق الاشتراك اللفظى، والمراد بها هنا، الدم لقرينة (سائلة) فإذا وقع ما لا دم كذبان ونحوه فى ماء أو شراب، يجوز استعماله للضرورة، من عـــدم التحرز، والمحظور استعمال الماء الذى وقعت فيه ميتة، والوقـــوف بالإباحة لما روى أنه ﷺ قال: [كل طعام وشراب وقعت فيه دابة،ليس فيها دم، فهو الحلال أكله وشربه والوضوء منه][٢] عند هذا الحد يكون استعمال الضرورة بقدرها، أما إذا

(١) تلخيص الحبير جــ١ ص٣٩ ،ص٦١٦ .

(٢)

جمـــع مـــا لا دم له وطـــرح فى الماء لا يجوز استعماله، لعدم الضرورة، ولو استعمل يقع الضرر.

(٢٠) الاستشارة فى الخاطب:

مـــن استشير فى خاطب، واكتفى بالتعريض كقوله " لا يصـــلح لك" لم يعدل إلى التصريح .ومن ثم فإذا استشار رجل صديقه، فى رجل يريد أن يخطب بنته . والاستشارة ضرورة، والمستشـــار مؤتمن فإذا كان المستشير يفهم بالتعريض، فليس للمستشـــار فـــى هـــذه الحالـــة أن يصرح، فالضرورة حرمت التصريح ما دام الغرض يتحقق بالتعريض، وكيف يجوز له أن يقع فى أعراض الناس بلا ضرورة.

والـــتعريض: مـــا يفهم من عرض الكلام أى دلالة الكلام على المراد بالإشارة، فالضرورة هنا معرفة صلاحية الخاطب، فإذا كـــان المستشـــير يفهـــم بالـــتعريض فلا يجوز التصريح، لأن التصـــريح ســـيكون مجـــاوزة للضرورة وإذا كان لا يفهم إلا بالتصـــريح فـــيجوز له التصريح ويكون أيضاً ضرورة، وهذا يخـــتلف باختلاف السائل ومثال التعريض . لا يصلح لكم، الله يكرمكم بغيره.

(٢١) الجبيرة وما تستره:

الجبـــيرة يجـــب أن لا تســـتر مـــن الصـــحيح إلا ما لابد منه للاستمســـاك . والجبـــيرة: هى أخشاب قوية تشد فوق موضع الكسر لينجبر ويلتئم وقد أباح الله تعالى وضعها للمكلف، وقصد

التطهر ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، فإذا كانت الجبيرة لا تستمسك إلا بشئ من الصحيح فيجوز، إما إذا زادت على قدر الاستمساك فيجب إعادة الصلاة عند الشافعية لنقص البدل – التيمم– والمبدل وهو الوضوء . فيغسل الصحيح ويمسح على الساتر حيث كان فى أعضاء الوضوء، أما الحنفية: فيقيمون المسح على الجبيرة مقام الغسل فيغسل الصحيح ويمسح الساتر خلافاً للشافعية حيث يقولون يتيمم عن الجريح.

مراتب التناول:

مراتب التناول فيما لا يحل وما يكره خمسة:

أى أن إباحة الممنوعات ، سواء كانت على وجه التحريم أو على غير وجه التحريم كالكراهة خمسة: بيانها كما يلى:

(١) الضرورة: والحاجة، والمنفعة والزينة، والفضول وهذا على سبيل الإجمال وها هو البيان والتفصيل:

(١) **الضرورة**: وهى بلوغ المكلف حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب،وهذا يبيح له تناول الحرام كالخمر والميتة والنطق بالكفر.

(٢) **الحاجة**: كالجائع الذى لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أنه يكون فى جهد ومشقة، وهذا لا يبيح له تناول الحرام، ويبيح الفطر فى الصوم، فالمشقات تبيح الرخص ولا تبيح المحرمات.

(٣) **المنفعة**: كالذى يشتهى خبز البر ولحم الغنم والطعام

الدسم، فهى لا تتعلق بإباحة محظور، بل هى ما يتوصل بها المكلف إلى طلبه.

(٤) **الزينة**: كالمشتهى الحلوى والسكر والثوب المنسوج من حرير وكتان.

(٥) **الفضول**: وهو جمع فضل بمعنى الزيادة، وقد استعمل الجمع استعمال المفرد، والفضول: كل أمر تردد بين الحل والحرمة . أو هو التنويع بين أكل الحلال والشبهة، مثال من يريد استعمال إناء الذهب والفضة أى لا خير فيه، هذه مراتب ما تحتاج إليه النفس فى هذه الدنيا، وتدخل الضرورة فى حله بعد حرمته، وتدخل فيه الرخص وقد لا تدخل، والرخص لا تناط بالمعاصى، أى لا يكون سببها المعاصى، ويلاحظ أن الشبهة ما تردد بين الحل والحرمة، أو ما تردد فيه الفقهاء وقريب من هذه القاعدة – ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها – ما جاز لعذر بطل بزواله . مثاله ، التيمم يبطل بوجود الماء قبل الدخول فى الصلاة، والشهادة على الشهادة لمرض أو غيره تبطل إذا حضر الأصل عند الحاكم قبل الحكم.

المستثنى من قاعدة : " ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها"

المستثنى من القاعدة السابقة هى الصور التى خرجت عن القاعدة، ومعنى خروج الصور أو الفروع عن القاعدة، أن هذه الفروع تأخذ حكماً غير حكم القاعدة وإن كانت فروعاً متحدة

الشبه بفروع القاعدة، والمستثنى من هذه القاعدة، ثلاث صور: وهى العرايا ، والخلع، واللعان . وهذا إجمال وإليك البيان:

(١) العرايا:

العرايا فى اللغة: من أعرى الرجل النخلة : وهبه ثمرة عامها، وأعــرى الرجل صديقه: لم ينصره . والعرية هبة ثمرة النخيل عامــاً . وأدخلــت الهاء فيها لأنها أفردت ، فصارت فى عداد الأسماء، كالنطيحة والجمع: عرايا: وبيع العرايا فى الشرع: هو بيع رطب فى رؤوس نخلة بتمر كيلاً[١].

والعرايا: جمع عرية بمعنى معروة: وهى الشجرة المنفردة عن الكــرم أو النخل يجوز بيعها بخرصها تمراً . وهى النخلة التى يعريها صاحبها غيره ليأكل تمرها[٢].

والمســألة: أن الــرجل غــرز نخلة ليبيع ما عليها من الرطب تخميــناً وتقديــراً يمثله على الأرض من التمر الجاف . وذلك جائــز لمــا روى أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر، ورخــص فى بيع العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً[٣] وقــيس العنــب على الرطب بجامع أن كلا منهما زكوى يمكن تقديره ويدخر يابسه، وقد رخص النبى ﷺ فى العرايا للفقراء، وذلك فيما رواه الشافعى أن رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا

---

(١) القاموس الفقهى ص٢٤٩-٢٥٠ .

(٢) المنجد فى اللغة ص٥٢٤ .

(٣) متفق عليه من حديث سهل ابن أبى خيثمة.

إلـــى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتى ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطــباً يأكلونــه مــن الناس، وعندهم فضل قوتهم من التمر، فــرخص لهــم أن يبتاعوا به بخررصها من التمر[1] والوقوف عــند هذا الحد تكون الضرورة التى أجازت ورخصت للفقراء المحظــور وهو بيع التمر بمثله، ولكن العرايا جازت للأغنياء اعتــباراً بعمــوم اللفــظ، لا بخصــوص السبب ولأن ما رواه الشافعى على تقدير صحته مبين لحكمة المشروعية . ولأنه لما اطلقت فى إخبار آخر تبين أن سببها السؤال ، كما سأل غيرهم وإن مــانعهم مــن الفقر غير معتبر إذ ليس فى لفظ الشارع ما يدل لاعتباره . وذلك على الأصح، وعلى ذلك يكون الفرع من القــاعدة ولم يأخذ حكمها، لأن الضرورة لم تقدر بقدرها وعلى مقابل الأصح : لا تجوز للأغنياء وقوفاً مع قدر الضرورة.

(٢) الخلع:

الخلــع: لغــة: مشــتق من خلع الثوب خلعاً أى نزعه وسمى مفارقــة الــرجل زوجته على مال خلعاً، لأن كلا من الزوجين لباس الآخر.

قــال تعالى ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ [2] فكأنه بمفارقة الآخر نزع لباسه عنه[3].

---

(١) الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٧٣ ، المنهاج والسراج ص٢٠١ .

(٢) من الآية رقم (١٨٧) من سورة البقرة .

(٣) المعجم الوجيز ص٢٠٨ ، المصباح المنير جـــ١ ص٢٤٣ .

وشرعاً: فرقة بين الزوجين، ولو بلفظ: مفاداة بعوض مقصود، راجـــع لجهة الزوج[1] وأبيح الخلع للمرأة على سبيل الرخصة، ثم جاز مع الأجنبى والرخصة: هنا هى الرخصة اللغوية وهى التيســـير والتسهيل . فأصل الخلع أن يكون من المرأة لزوجها، فالضرورة قدرت بقدرها، ثم جاز الخلع مع الأجنبى، مع أنه لا مدخل له فى مورد النص القرآنى وهو قوله تعالى ﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾ [2] فالضرورة هـــى أن تخالع الزوجة زوجها، لدفع الضرر عن نفسها بذلك، ومـــن ثم تقدر الضرورة بقدرها، والأجنبى لو قال للزوج خالع زوجـــتك ،وأعطيك مبلغاً من المال جاز ذلك، أى صح إذا كان مطلـــق التصرف، بلفظ الخلع أو الطلاق، وإن كرهت الزوجة ذلـــك، لأن الطـــلاق ممـــا يســـتقل به الزوج، والأجنبى يستقل بالـــتزام، ولـــه بذلك المال بالتزامه فداء، لأن الله تعالى سمى الخلع فداء فجاز كفداء الأسير، وقد يكون للأجنبى غرض دينى بـــأن يراهما لا يقيما حدود الله، أو يجتمعا على محرم[3] وبذلك يخرج الفرع عن القاعدة، لأن يخلع الأجنبى تكون الضرورة لم تقـــدر بقدرهـــا. ومن ثم فالضرورة هنا هى أن تخالع الزوجة زوجهـــا للخـــوف من عدم إقامة حدود الله فى الحقوق الزوجية

---

(١) حاشية البيجرمى جـــ٣ ص٤١٠ ، المحلى على المنهاج جـــ٣ ص٣٠٧ .

(٢) من الآية رقم (٢٢٩) من سورة البقرة .

(٣) الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٧٣ .

وهـــى طاعة الزوج، وعدم عصيانه إلا فيما يغضب الله، ومع هـــذا فإذا قال الأجنبى للزوج: خالع زوجتك وأعطيك ألف جنيه مـــثلاً، فإنه يجوز، وبه يخرج الفرع عن القاعدة لأن الضرورة هـــنا زادت عـــن قدرها، وهى جواز الخلع إذا طلبه أجنبى من الزوج، وإنما صح بطلب الأجنبى، لأنه قد يكون له فيه غرض ديـــنى كمـــا سبق بيانه، والتفريق بينهما ينقذهما من ذلك فيفعل طلباً للثواب، وقد يكون لغرض دنيوى مباح[1].

(٣) اللعان:

اللعـــان فـــى اللغة: المباعدة، ومنه لعنه الله: أى أبعده وطرده، وســـمى بذلك لبعد الزوجين من الرحمة، أو لبعد كل منهما من الآخر فلا يجتمعان أبداً[2].

وفـــى الشـــرع: كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه، وألحق العار به أو إلى نفى الولد[3].

واللعـــان الذى دعت إليه الضرورة، ما كان عند عدم الشهود، بذلـــك تقـــدر الضـــرورة بقدرها، لكنه جاز مع وجود الشهود، فالضـــرورة بذلـــك لـــم تقدر بقدرها على الأصح،وعلى مقابل الأصـــح: لا يجـــوز اللعان مع وجود البينة، ويكون الفرع من القاعدة . ومن ثم فارتباط الفرع بالقاعدة مرجعه إلى أن اللعان

(١) مغنى المحتاج جـــ٢ ص٢٧٦ .

(٢) لسان العرب جـــ٥ ص٤٠٤٤ ، المصباح المنير جـــ٢ ص٧٦١ .

(٣) مغنى المحتاج جـــ٣ ص٣٦٧ .

الذى دعت إليه الحاجة هو ما كان فى حالة عدم وجود الشهود، فـإذا التزمنا هذا، فهو من القاعدة، والضرورة قدرت بقدرها، لكـن حيـث جوزناه مع إمكان الشهود فالضرورة زادت عن قدرها وهذا جائز على الأصح[1] إلا أنه خارج القاعدة . ومقابل الأصـح لا يجوز اللعان مع وجود البينة، وهذا سائر مع مفهوم المخالفة، والفرع من القاعدة.

تعلـيق: وقد علق الدكتور/ جاد الرب رمضان السيد على هذه الفـروع الـثلاثة فقال: فى محاضرة له على طلاب الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة . والحقيقة أن الضرورة **لم تتحقق فى هذه الفروع الثلاثة، فهى** ليست من القاعدة، **فضلاً** عن كونها من المستثناة، وإنما تكون من المستثنيات **إذا تحققت فـيها الضرورة، ولا ضرورة، وما دامت الضرورة لم تتحقق فليست من القاعدة ولا من المستثنيات.**

بيان ذلك: وبيان ذلك، **إن الفقراء إذا لم يأكلوا رطباً، لم يتحقق** ضرر ولم **يهلكوا، وربما لا تميل نفوس معظمهم للرطب، وإن مالت ولم يأكلوا لم يهلكوا.**

والخلـع: جاز للزوجة لدفع الضرر عن نفسها، أما الأجنبى لا ضرر عليه، ولا ضرورة له . كما أن الزوجة يمكن أن تصبر مع زوجها ما لا نهاية ، ما بالك بالأجنبى الذى لا يلحقه ضرر.

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٩٤ .

واللعـــان: يجــوز حيث لا شهود، وحيث وجد الشهود لا يجوز اللعن، لأنه إن جاز مع البينة لم تكن لها فائدة، حيث يدرء عن المرأة الحد معها، فالإتيان بهذه الصور من المستثنيات فى غير محله، بل هو محل نظر، لأن أصل القاعدة لا يتحقق فيها.

القاعدة السادسة:

قاعدة : (إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما).

(أ) مفهوم هذه القاعدة:

المعنى والمفهوم، أنه إذا تعارض مفسدتان، ولا منجى من فعل واحـــدة مـــنهما، ولا مـــناص من الوقوع فى أحدهما، نرتكب الأخف، دفعاً لأعظمهما ضرراً[1] والمعنى أيضاً: أن الأمر إذا تـــردد بيـــن ضررين، أحدهما أشد من الآخر، فيتحمل الضرر الأخف ولا يرتكب الأشد، ومراعاة أعظمهما تكون بإزالته، لأن المفاسد تراعى نفياً، كما أن المصالح تراعى إثباتاً[2].

(ب) دليل القاعدة:

ودلـــيل هـــذه القاعدة ما رواه البخارى: جاء أعرابى فبال فى طائفـــة المســـجد أى ناحيته – فزجره الناس فنهاهم النبى ﷺ ، فلمـــا قضى بوله، أمر النبى ﷺ بذنوب من ماء فأهريق عليه[3]

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٩٦ ، والأشباه لابن نجيم ص٨٩ ، الخادمى ص٣١ .

(٢) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٠١ .

(٣) سبل السلام جـــ١ ص١٦ .

ووجــه الدلالــة ، أن النــبى ﷺ أمرهم بالكف عن الأعرابى للمصــلحة الــراجحة، وهــو دفــع أعظم المفسدتين، بإحتمال أيســرهما، لأنه لو قطع عليه بوله لأضر به[1] ومن ثم فتكون هــذه القــاعدة تقييداً لقاعدة " الضرر لا يزال بالضرر" أى أن الضرر لا يزال بالضرر، ما لم يكن أحد الضررين أعظم، فعند ذلك نزيل الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف.

(جـ) علاقة هذه القاعدة بغيرها:

(١) هل قاعدة " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" هى عين قاعدة " إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"؟ والجواب: قد يقال ذلك، ولكن يمكن تخصيص القاعدة الأولــى، بما إذا كان الأشد واقعاً، وأمكن إزالته بالأخف، مثال ذلــك، لو غصب شخصاً أرضاً فبنى عليها، أو غرس فيها، ثم طلــبها مالكهــا ففــى هــذه الحالة، يؤمر الغاصب بقلع البناء والغــرس مهما بلغت قيمته، إلا إذا كان قلعهما يضر بالأرض، فــإن المــالك يــتملكهما بقيمتهما مستحقين للقلع[2] وتخصيص القاعدة الثانية، بما إذا تعارض الضرران ولم يقع واحد منهما. وهــذا أقوى من دعوى التكرار، لأن التأسيس أولى من التأكيد إذا أمكــن، وإلــى هــذا التخصيص، يشير التعبير فى القاعدة الأولــى بقولــــه : " يــزال" وفــى القــاعدة الثانــية بقوله "

---

(١) المرجع السابق، الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٨٠ .

(٢) المجلة مادة ٩٠٦ .

تعارضت"[1].

(٢) النظير للقاعدة:

ونظيرها قاعدة : " درء المفاسد أولى من جلب المصالح" فعند تعارض مفسدة ومصلحة، يقدم دفع المفسدة غالباً، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات.

ولهذا قال ﷺ " وإذا نهيتكم عن شئ فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم"[2] من غير أن يقول: فيما نهى ﷺ ما استطعتم.

أما إذا تعارضت مفسدتان: ولا مفر من فعل واحدة منهما لا محالة، ففى هذه الحالة نرتكب أخفهما دفعاً لأعظمهما ضرراً، فتكون هذه القاعدة تقييد لها، كما سبق بيانه

(د) الأصل فى جنس مسائل قاعدة :" إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما".

الأصل فى جنس هذه المسائل أن من ابتلى ببليتين وهما متساويتان، يأخذ بأيتهما شاء، وإن اختلفا يختار أهونهما، لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة فى حق الزيادة . مثاله: رجل مكلف عليه جرح لو سجد سال جرحه، وإن لم يسجد لم يسل فإنه يصلى فى هذه الحالة قاعداً يومئ بالركوع والسجود، لأن ترك السجود أهون من الصلاة مع

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢١٠ .

(٢) رياض الصالحين ص٩٠ ، الأشباه للسيوطى ص٩٧ .

الحدث، ألا ترى أن ترك السجود جائز مع الاختيار فى التطوع على الدابة، ومع الحدث لا يجوز بحال.

مـــثال آخر: شيخ لا يقدر على القراءة قائماً ويقدر عليها قاعداً، فى هذه الحالة، يصلى قاعداً لأنه يجوز حالة الاختيار فى النفل، ولا يجـــوز ترك القراءة بحال . ولو صلى فى المثالين السابقين قائماً مع الحدث وترك القراءة لم يجز.

مـــثال آخر: لو كان المكلف معه ثوبان، نجاسة كل واحد منهما أكثر من قدر الدرهم - مساحة الكف الوسط- يتخير ما لم يبلغ أحدهمـــا قـــدر ربـــع الثوب، لاستوائهما فى المنع ولو كان دم أحدهمـــا قـــدر الربع ودم الآخر أقل يصلى فى أقلهما دماً ولا يجـــوز عكســـه، لأن للـــربع حكم الكل، ولو كان فى كل واحد مـــنهما قـــدر الربع، أو كان فى أحدهما أكثر لكن لا يبلغ ثلاثة أرباعـــه، وفى الآخر قدر الربع صلى فى أيهما شاء لاستوائهما فى الحكم، والأفضل أن يصلى فى اقلهما نجاسة.

ولـــو كان ربع أحدهما طاهر والآخر أقل من الربع يصلى فى الذى ربعه طاهر، ولا يجوز فى العكس[1].

إيضاح: يروى عن الصوفية قولهم: التخلى قبل التحلى أى أن تصـــفية الـــنفس عن النقائص،وتخليتها من الذنوب، يكون قبل

---

(1) غمـــز عيون البصائر جـــ١ ص٢٨٤-٢٨٧ ، الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٧٩ وما بعدها.

تحليتها بالفضائل، ومعنى ذلك أن دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح، وفى ذلك كله دليل على أن ترك المحظورات أهم من فعل المأمورات لما يترتب على المناهى من الضرر المنافى لحكمة الشارع فى النهى[١] فلو لم يجدك الله حيث أمرك، لكان أحسن مما لو يجدك حيث نهاك، لذلك سمح فى ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة، كالقيام فى الصلاة والفطر فى رمضان، والطهارة، ولم يسامح فى الإقدام على المنهيات ، وخصوصاً الكبائر[٢]، كما سبق بيانه

(هـ) من فروع القاعدة:

أهم فروع هذه القاعدة ما يلى:

(١) المبالغة فى المضمضة والاستنشاق:

المضمضة مأخوذة من المض، وهو وضع الماء فى الفم، وإدارته على جوانب فمه ومجه، ويندب للمتوضئ أن يبالغ فيها بحيث يصل الماء إلى الحلقوم.

والاستنشاق: هو جذب الماء عن طريق الأنف حتى يصل إلى خياشيمه، وهى أعالى أنفه، ونثره بعد جذبه[٣] والمبالغة مسنونة فى كل منهما، ما لم يكن الإنسان صائماً، فإن كان صائماً فتكره المبالغة، خشية فساد الصوم، لقوله ﷺ [لا تبالغ ما كنت

---

(١) الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية لمحمد صدقى ص٨٥ .

(٢) الأشباه للسيوطى ص٩٧ .

(٣) حاشية الباجورى جـ١ ص٥٥ .

صائماً] [1] فدل ذلك على أن دفع مفسدة الصوم أولى من جلب مصلحة المبالغة، لأجل الثواب.

فلو أنه إذا صلى قائماً ينكشف من عورته ما يمنع جواز الصـــلاة، وإذا صـــلى قـــاعداً لا ينكشف منه شئ، فإنه يصلى قاعداً، لأن ترك القيام أهون من كشف العورة.

(٣) التهديد بالقتل:

لـــو هدد شخص آخر بالقتل، أو بإلقائه من منارة، أو جبل عال فهل له الخيار؟وهل المفسدتان هنا متساويتان؟

الـــرأى المختار: هو أن يصبر فيقتل أهون من أن يرمى بنفسه مـــن المـــنارة، لمـــا فى إلقاء نفسه من شبهة الانتحار، وهو لا يجـــوز بحـــال، كما لا يجوز لإنسان أن يستعين بآخر على قتل نفسه[2].

ما يستثنى من القاعدة:

إذا كـــان درء المفسدة، مقدم على جلب المصلحة، فهذا هـــو الغالـــب، بشـــرط أن تكون المفسدة راجحة أما إذا كانت مرجوحة، فتقدم المصلحة ولا ينظر إلى المفسدة . والأمثلة على ذلك كثيرة منها:

(١) الكذب:

إن الـــتكلم بالكذب مفسدة، ولكن إذا أريد به إصلاح ذات البين،

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـــ١ ص١٧٢ .

(٢) الوجيز ص٨٣، ٨٤ .

فيجوز على قدر الحاجة إليه، لأن قبح الكذب الذى لا يضر إذا تضمن مصلحة تربو على قبحه، أبيح الإقدام عليه تحصيلاً لتلك المصلحة[1].

(٢) أخذ الظالم الوديعة:

ولــو اراد ظالم أخذ الوديعة من الوديع غصباً عنه، فله أن يكذب وينكر وجودها عنده، محافظة على الوديعة، لأن حفظ الودائع واجب، وإنكارها إحسان[2].

(٣) الصلاة مع اختلال شرط:

الصلاة مع اختلال شرط من شروطها كالطهارة والستر والاســتقبال، فــإن ذلــك مفسدة لما فيه من الإخلال بجلال الله تعــالى فى أن يناجى إلا على أكمل الأحوال، ومتى تعذر شئ من ذلك جازت الصلاة بدونه، تقديماً للمصلحة أى مصلحة فعل الصــلاة على مفسدة تركها على هذه المفسدة[3] فللصلاة بدون وضــوء أو تــيمم مصــلحة راجحــة، وعــدم الصلاة مفسدة مــرجوحة، فيقدم فعل الصلاة على تركها، ولهذا فإن من أراد الصلاة ولا يجد ما يستر به عورته فيصلى من قعود عند فقهاء الحنفــية، لأنه أستر له وأوجب لحق الصلاة والناس[4] وخالف

---

(١) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام جــ١ ص١١٢ .

(٢) درر الحكام لحيدر آباد ص٤٥ .

(٣) الأشباه للسيوطى ص٩٧ .

(٤) فتح القدير جــ١ ص٢٦٤ .

فــى ذلــك فقهــاء الشافعية فقالوا: يصلى عارياً من قيام ويتمم جميع الأركان[1].

(٤) جهالة القبلة:

وإذا لم يعرف جهة القبلة، وتعذر عليه الاستقبال فيصلى لأى جهة، لأن ترك الصلاة لعدم معرفة القبلة مفسدة، والصلاة لأى جهــة مصلحة، وعليه أن يجتهد بقدر الإمكان، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها.

(٥) قطع اليد المتآكلة:

ومــن ذلــك قطــع اليد المتآكلة حفظاً للروح، إذا كان الغالب الســلامة، فإنــه يجوز قطعها، وإن كان إفساداً لها لما فيه من تحصيل المصلحة الراجحة وهو حفظ الروح.

(٦) حفظ بعض الأموال:

وكذلــك حفــظ بعــض الأموال بتفويت بعضها، كتعيب أموال اليتامى والمجانين، والسفهاء، وأموال المصالح إذا خيف عليها الغصب[2].

---

(١) نهاية المحتاج جـــ١ ص١١ .

(٢) قواعد الأحكام جـــ١ ص٩٩ .

المطلب الخامس

فى قاعدة : " الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"

(أ) مفهوم القاعدة:

مـــن القواعد المرتبطة بالقاعدة الأم " الضرر يزال" قاعدة : " الحاجـــة : تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة" وكان القـــياس، نظراً إلى أن مسائل هذه القاعدة قليلة بالنسبة للقواعد الســـابقة، فكـــان الأصح التعبير بقد التقليلية، ذلك لأنه ليس كل حاجة تنزل منزلة الضرورة.

ومعـــنى ذلك، أن الحاجة المشهورة، والتى لا يمكن قوام الناس بدونهـــا تنزل منزلة الضرورة فى أنها تبيح المحظورات، كما تفعل الضرورة، سواء كانت الحاجة عامة فى جميع الناس، أو خاصـــة بـــأحد المكلفين[1] والمعنى بعبارة أخرى أنه إذا كانت هناك حاجة عامة لمجموع الناس، أو خاصة بشخص ما، نزلت هذه الحاجة منزلة الضرورة فى جواز الترخيص لأجلها، أو فى إباحـــة المحظـــورات والمـــراد بالحاجـــة: هـــنا ما كان دون الضرورة، والضرورة: هى الحالة الملجئة إلى ما لابد منه.

(ب) الفرق بين الحاجة والضرورة:

أولاً: إن حكـــم الحاجـــة مســـتمر، وأما حكم الضرورة فمؤقت

---

(١) الأشباه للسيوطى ص٩٧-٩٨ .

بوقت قيام الضرورة، إذ الضرورة تقدر بقدرها.

ثانـــياً: إن مـــا يجـــوز للحاجة، إنما يجوز فيما ورد فيه نص يجوزه، أو تعامل، أو لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه، وكان لـــه نظير فى الشرع يمكن إلحاقه به، وجعل ما ورد فى نظيره وارداً فيه. وأما ما ورد فيه نص يمنعه بخصوصه فعدم الجواز فيه واضح، ولو ظنت فيه مصلحة، لأنها حينئذ وهم(1).

(جـ) من فروع القاعدة:

عرفنا مما سبق أن الحاجة تتنوع إلى نوعين:

مـــنها مـــا هـــو عام، ومنها ما هو خاص، ولكل واحدة منهما **فروع: بيانها كما يلى:**

أولاً: الحاجة العامة:

ومن فروعها على سبيل الإجمال ما يلى:

الإجـــارة، والجعالـــة، والحوالـــة، والسلم، والاستصناع، فهذه الفروع جوزت على خلاف القياس(2) للحاجة إليها والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة، وشرح ذلك وبيانه كالنحو التالى:

(1) الإجارة:

الإجـــارة فـــى اللغـــة: اسم للأجرة، واشتهرت فى العقد، وهى مشتقة من الأجر، وهو الثواب(3) وشرعاً: هى تمليك منافع شئ

---

(1) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٠٩ ، ٢١٠ .

(2) القاموس المحيط جـــ١ ص٣٦٢، المنجد فى اللغة ص٤ .

(3) القاموس المحيط جـــ١ ص٣٦٢ ، المنجد فى اللغة ص٤ .

مباح مدة معلومة بعوض[1] أو هى عقد منفعة معلومة مقصودة قابلـــة للــبذل والإباحة بعوض معلوم وضعاً[2] أو هى: تمليك منفعة رقبة بعوض[3].

والإجارة: جازت مع أن عقدها وارد عل منافع معدومة، ليست موجـــودة، وهـــذا خلاف القياس الذى يحتم أن يكون العقد على شـــئ معلوم موجود مملوك، مقدور على تسليمه وتسلمه، متقوم ولكـــن حاجة الناس دعت إلى جوازها، فليس كل الناس يملكون بيوتاً أو أرضاً، أو مركوباً وليس كل الناس أطباء أو صناع، أو زراع أو حرفيين، أو مدرسين، ولا يفعلون تلك الأعمال لبعض بـــدون مقـــابل، ومن ثم كانت الحاجة فى منزلة الضرورة التى تبـــيح المحظور. وأيضاً تمليك المعدوم قبل وجوده لا يجوز ، ولا يمكـــن جعل العقد فيها مضافاً إلى زمن وجود المنفعة لأن التمليكات لا تقبل الإضافة، فكان جوازها استحساناً لقوله ﷺ [أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه] [4].

وقولـــــه ﷺ [من استأجر أجيراً فليسم له أجره] وفى رواية [فليعطه أجره] [5] والسبب الذى به كانت الإجارة منفعة عامة أن

---

(١) حاشية الدسوقى جـ٤ ص٢ ط عيسى الحلبى.

(٢) حاشية القليوبى جـ٣ ص٦٧ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص٣٣٢ .

(٣) القاموس الفقهى ص١٣ .

(٤) تلخيص الحبير جـ٣ ص٥٩-٦٠ .

(٥) المرجع السابق.

الناس جميعاً ليس عندهم دور أو أرض زراعية وقد يكون عنده الأرض ولكنه لا يقدر على زراعتها فتفوت المصلحة المترتبة علـــى زراعـــتها إذا تعطلت بدون زراعة، فدعت الحاجة إلى شرعيتها[1] والمعنى الشرعى أعم من المعنى اللغوى هنا، وهو خـــلاف الأصـــل[2] والقياس بطلانها، إلا أنها جوزت للحاجة، ومن ثم لا يجوز إجارة بيت بمنافع بيت، لاتحاد جنس المنفعة، فمن ثم فلا حاجة ، إلى المشروعية.

(٢) الجعالة:

الجعالـــة فـــى اللغـــة: مشتقة من الجُعل بالضم، وهو ما جعل للإنسان من شئ يفعله، وكذلك الجعالة بالكسر، والجعيلة مثله[3] والجاعل: العاطى ، والجَعَالة الجُعل بالضم، والجمع: جعائل ، والجُعل: ما يجعل على العمل من أجر أو رشوة، ويجمع أيضاً علـــى جعـــول، وهـــو مـــا يعطـــى للمجاهد ليستعين به على جهـــاده[4].وشرعاً: التزام عوض معلوم على عمل معين[5] أو هـــو: الـــتزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول

(١) محاضرات فى قواعد الفقه ص٤٤ .

(٢) قليوبى على المحلى جـــ٣ ص٦٧ ، الصحاح جـــ٢ ص٥٧٦ .

(٣) المنجد فى اللغة ص٩٠ ، مختار الصحاح جـــ٤ ص١٦٥٦ .

(٤) القاموس الفقهى ص٦٣ .

(٥) القاموس الفقهى ص٦٣ .

لمعين أو غيره[1].

فعقد الجعالة يرد على عمل مجهول كرد الضالة، وقد يكون مع شــخص مجهــول، كــأن يقول: من رد علىَّ ضالتى فله كذا، وكذلك العوض يكون مجهولاً فى بعض الأحوال. وهذا يقضى بعــدم الجــواز، ولكــن الشريعة أباحت هذا العقد نظراً لحاجة الناس إليه، وقد يستأنس لجواز عقد الجعالة بقوله تعالى

﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ [2].

والجعالــة شــرعت خلافاً للقياس، لما فيها من الجهالة بالعمل، والجهالــة غــرر مــنهى عنه، ولكن الحاجة العامة دعت إليها فجــازت قياســاً علــى القــراض لأن الجهالة إذا احتملت فى القــراض توصــلاً إلى الربح من غير اضطرار فاحتمالها فى الجعالــة أولى[3] وكذا تغتفر جهالة العامل وتعدده، لأن المعين والواحــد قد لا يتمكن من تحصيل المقصود، والمتمكن له قد لا يكــون حاضــراً، أو لا يعــرفه المالك فإذا أطلق وشاع وبلغ المتمكن منه فيحصل الغرض[4].

(٣) أعمال السمرة:

وأعمــال السمرة، تأخذ حكم الجعالة، إذ هى ما يعطيه شخص

---

(١) حاشية الباجورى جـ٢ ص٣٣ ، مغنى المحتاج جـ٢ ص٤٢٩ .

(٢) من الآية رقم (٧٢) من سورة يوسف .

(٣) حاشية البيجرمى جـ٣ ص١٨٣ .

(٤) الفوائد الجنية جـ١ ص٢٥٨، مغنى المحتاج جـ٢ ص٤٢٩ .

لسمســـار لأجل أن يدله على شقة، فيجوز مع ما ينطوى عليه عملـــه مـــن الغرر،فقد يحضر له الشقة، وقد لا يحضرها، وإذا أحضـــرها فقد تناسبه فيتم التعاقد، وقد لا تناسبه فلا يتم العقد، ولكن الحاجة تنزل منزلة الضرورة.

(٤) الحوالة:

الحوالـــة فـــى اللغـــة: اسم من أحال الغريم: إذا دفعه عنه إلى غريم آخر، وتأتى بمعنى الشهادة، والكفالة وهى صك يحول به المـــال من جهة إلى جهة أخرى وشرعاً: عقد يقتضى نقل دين من ذمة إلى ذمة، وتطلق على انتقاله من ذمة إلى أخرى[١].

والحوالة: بيع دين بدين، وقد نهى ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ[٢] **والكالـــئ: هـــو النسيئة بالنسيئة**[٣] **وجوزت على خلاف القياس** لعمـــوم الحاجـــة إلى ذلك[٤] وجازت أيضاً مع أنها بيع ما ليس عـــند الإنسان وقد قال ﷺ [لا تبع ما ليس عندك] [٥] والحاجة الـــتى شـــرعت من أجلها الحوالة هى خلاص المدين من دينه، وقـــد قـــال ﷺ [مطل الغنى ظلم، فإذا أحيل أحدكم على غنى

(١) القاموس الفقهى ص١٠٥ .

(٢) الحاكم فى المستدرك جـ٢ ص٥٧ .

(٣) روضة الطالبين جـ٢ ص٣٩٥.

(٤) غمز عيون البصائر جـ١ ص٢٩٣ .

(٥) مسند الإمام أحمد جـ٢ ص٤٠٢-٤٠٣، أبو داود جـ٣ ص٢٨٣ .

فليحــتل] [١] وحقيقتها بيع دين بدين، فإن المحيل يشترى ما فى ذمته بماله فى ذمة المحال عليه. وهى وسيلة من وسائل استيفاء الحقــوق، والأصل أنها لا تجوز ، لأن النبى ﷺ نهى عن بيع الدين بالدين[٢].

ولكــن الصحيح أن الحوالة عقد اتفاق فكانت مشروعية ودلــيل المشروعية قوله ﷺ [مطل الغنى ظلم وإذا اتبع أحدكم علــى مليــئ فليتــبع] [٣] والمطــل بالدين معناه التأخير فيه، والامتــناع عن أدائه لصاحبه من غير عذر والمليئ هو الغنى والأمــر فــى الحديــث للوجوب إلا أنه مصروف إلى الندب، لاشتراط الرضا فى العقود الرضائية إذ أن الرضا توافق إرادة الشــخص بحريته ورغبته واختياره مع إرادة أخرى على إبرام عقــد، أو إنشــاء الــتزام ما. وقد أجمع أهل العلم على جواز الحوالــة فــى الجملة لحاجة الناس إليها، فقد يكون للمدين دين علــى غيره، وصاحب المال محتاج إليه، فمن اليسير عليه أن يأخذ ماله من المحال عليه.

(٥) السلم:

الســلم فى اللغة: السلف، وسمى سلماً، لتسليم رأس المال فيه،

---

(١) البخارى جـ٤ ص٤٦٤ ، مسلم جـ٣ ص١١٩٧ .

(٢) تلخيص الحبير جـ٣ ص٢٦-٢٧ .

(٣) تلخيص الحبير جـ٣ ص٤٦ .

وسلفاً لتقدمه على تسليم المبيع، فهو لغة: التعجيل أو التأخير[1]. وشـــرعاً: بـــيع شئ موصوف فى الذمة[2] أو بيع عاجل بآجل، والآجـــل: هـــو السلعة، والعاجل: هو الثمن وقد أجازه الشارع نظـــر لحاجة الناس، لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات قد تعوزهـــم الـــنفقة فجوز لهم السلم لينتفع طرفى العقد جميعاً كل حسب حاجته وقصده . والقياس أنه لا يجوز، لأنه بيع معدوم، ولكن جوز لاحتياجهم وتيسيراً عليهم فى أمور حياتهم . وأيضاً فالقـــياس عدم جوازه لما فيه من الضرر لورود العقد على غير موجود حالة العقد ولكنه جوز، لأن أرباب الصنائع قد يحتاجون إلـــى مـــا ينفقونه على مصالحها فيستلفون على الغلة، وأرباب النقود ينتفعون بالرخص، فجاز السلم للحاجة العامة التى نزلت منزلة الضرورة فى إباحة المحظور، وكما جوز القرض مع أنه بـــيع درهـــم بدرهـــم مـــن غير تقابض للحاجة المنزلة منزلة الضرورة.

(٦) عقد الاستصناع:

يعتـــبر عقـــد الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمـــل شيئاً، وكان مقتضى القياس أن لا يجوز لانعدام الصنعة وقـــت التعاقد، ولكن العقد يجوز، لأن حاجة الناس ماسة إليه[3]

---

(١) المنجد فى اللغة ص٣٥٧ ، حاشية قليوبى جـ٢ ص٢٤٤ .

(٢) المحلى على المنهاج جـ٢ ص٢٤٤ ، حاشية الباجورى جـ١ ص٣٥٢ .

(٣) قواعد الأحكام جـ٢ ص١٢٧ .

والنبى ﷺ فعله فقد استصنع خاتماً ومنبراً، وهو من أقوى الحجج، وما وقع فى هذا العقد من خلاف، فليس فى أصل جوازه، بل فى أنه بيع أو عدة، والصحيح أن عقد الاستصناع بيع[1] له شبه بالإجارة، فكان جائزاً بسبب تعامل الناس به، وحاجتهم إليه . وهذا العقد يفيد ثبوت الملك فى البدلين لكل من المتعاقدين[2] وبعبارة أخرى ثبوت الملك للمستصنع فى العين المبيعة فى الذمة، وثبوت الملك للصانع فى الثمن ملكاً غير لازم[3].

(٧) ضمان الدرك:

الدرك – بفتحتين وسكون الكاف– عبارة عن ضمان البائع الثمن للمشترى عند استحقاق المبيع فهو كفالة مضافة، والقياس يأباها، لأنها تمليك والتمليكات لا تقبل الإضافة، ولكنه جوز بالإجماع على خلاف القياس، لأن البائع إذا باع ملك نفسه، فلا يكون ما أخذه من الثمن ديناً عليه حتى يضمنه، ولكن لاحتياج الناس إلى معاملة من لا يعرفونه، ولا يؤمن خروج المبيع مستحقاً فجوز للحاجة الداعية إليه[4] ووجه كونه على خلاف القياس أن البائع يملك المبيع، ولا يجوز أن يضمن مال نفسه،

(١) شرح القواعد الفقهية ص٢١٢ .

(٢) أبو الفتح ص٣٨٨ .

(٣) البدائع جـ٥ ص٣ .

(٤) الأشباه للسيوطى ص٩٧ .

ولا يكـــون ديناً عليه، فكان جواز هذا العقد للحاجة على خلاف القياس.

(٨) إباحة النظر للمعاملة:

الـــنظر إلـــى المـــرأة الأجنبية فى الأصل محرم، للأمر بغض البصـــر فـــى قوله تعالى﴿ **قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ** ﴾ (١) ولكـــن إذا دعت الحاجة إلى النظر فإنه يباح فى بعض الأمور كالخطـــبة – بكسر الخاء– وضرورة المعالجة، وتحمل الشهادة وأدائهـــا وذلك استثناء من أصل تحريم نظر الرجل إلى المرأة الأجنبية وتحريم نظرها إليه(٢) ويكون النظر بقدر الحاجة، وما زاد منها فهو حرام.

ثانياً: الحاجة الخاصة:

فمن فروعها ما يلى:

(١) تضبيب الإناء: (٣)

يجـــوز تضـــبيب الإنـــاء بالفضـــة للحاجة، وهى الإصلاح إذا التضبيب وضع الضبة على موضع الصدع، ليلتئم، ثم استعمل فـــى كل ما يوضع على الإناء ولو للزينة، سواء كان التضبيب صـــغيراً أو كبيراً ذهباً أو فضة . أما ضبة الذهب فتحرم مطلقاً

---

(١) من الآية رقم (٣٠) من سورة النور .

(٢) الأشـــباه للســـيوطى ص٩٧ ، الجـــامع لأحكام القرآن جـــ١٢ ص٢٢٢ ، وأحكام عقد النكاح للدكتور عزام ص٨ .

(٣) الأشباه للسيوطى ص٩٧ .

كبـــيرة أو صغيرة لحاجة أو لزينة كلها أو بعضها وهو المعتمد كمـــا صـــححه الـــنووى. وأما ضبة الفضة فالكبيرة حرام عند الأئمة الثلاثة . وقال الإمام أبو حنيفة لا يحرم التضبيب بالفضة مطلقاً فالأول أشد من الثانى .

ووجـــه الأول: كمـــال الورع، ومن الورع التباعد عن الإناء المضبب، كالتباعد عن الإناء الكامل من الفضة.

ووجه الثانى: العفو عن مثل ذلك . ومرجع الكبر والصغر فى الضـــبة علـــى العرف، والمراد به ما استقر فى العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول ، ولا يرجع إلى العرف إلا فيما لا نص فـــيه مـــن الشارع[١] ، وإنما حرم الإناء المضبب بالذهب دون الفضـــة، لأن الخـــيلاء فى الذهب أشد من الخيلاء فى الفضة، ولأن الفضـــة أوسع من الذهب بدليل جواز الخاتم للرجل منها دونه[٢].

(٢) الأكل من الغنيمة فى دار الحرب:-

الأكل من الغنيمة فى دار الحرب يجوز ، ولو كان معه طعـــام من جنس ما غنمه، لأن الحاجة تدعوا إلى ذلك تشجيعاً للمقاتلين فى الحرب، لأن يرفع من روحهم المعنوية فى مواطن الجهـــاد، ولكن إذا وصل عمران دار الإسلام ، وكان معه شيئ

---

(١) حاشية البيجرمى حـ١ ص١٠٥.

(٢) حاشية الباجورى حـــ١ ص٤٢.

مـــن الغنيمة وجب رده، لأنه حينئذ سيأكل حق غيره[1] لقوله تعالى:﴿ وَمَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِمَا غَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ﴾ [2] ، وقد روى عن رافع بن خديج-ﷺ- قال : "كنا مع رسول الله -ﷺ- فى سفر، فتقدم سرعان الناس، فتعجلوا من الغنائم فطبخوا ، ورسول الله -ﷺ- فـــى أخرى الناس، فمر بالقدور فأمر بها فأكفئت – أى قلبــت وأفــرغ مـــا فـــيها – فعد بعيراً بعشرة شياه ، ثم قسم بينهم"[3].

قـــال عـــياض: كانوا قد انتهوا إلى دار الإسلام والمحل الذى لا يجوز فيه الأكل من الغنيمة المشتركة، إلا بعد القسمة ، وأن محل ذلك قبل القسمة، إنما هو ما رموا فى الحرب، وإنما أفســد الرسول -ﷺ- ، اللحم عليهم مع حاجتهم إليه، لأن هذا أبلغ فى الزجر[4].

(٣) خيار التعيين.

يجوز خيار التعيين مع أنه يجعل المبيع مجهولاً ، ولكن جـــوز هـــذا البيع للاحتياج إليه ، لأن بعض الناس لا يمكنه أن يشترى شيئاً بدون استشارة العارفين[5]، وصورة ذلك أن يذهب

---

(١) درر الحكام ص٣٨

(٢) من الآية رقم (١٦١) من سورة آل عمران.

(٣) جامع الأصول لابن الأثير ص٧٢٤ ، ص ٧٢٥.

(٤) شرح درر الحكام ص٣٨.

(٥) شرح درر الحكام ص٣٨.

شـــخص إلـــى تاجـــر ســـاعات مثلاً ويختار من بين الساعات المعروضة اكثر من واحدة غير معينة من الساعات التى أخذها مـــن التاجر على أن يكون له خيار التعيين ، فإذا وقع اختياره على واحد منها أصبح العقد لازما ، وانتهى الخيار ، وهذا من بيع المجهول فيكون فاسداً فيمنع، لأنه يؤدى إلى الغرر المنهى عنه، ولكنه أجيز لمسيس الحاجة وهى رفع الغبن عن المشترى ، وبهـــذا النوع من الخيار قال فقهاء الحنفية وفقهاء المالكية ، والإمامـــية، وبعض الزيدية، واستدلوا على ذلك بالقياس ، حيث إنهـــم قاســـوا خيار التعيين على خيار الشرط، والجامع بينهما وجـــود الحاجـــة إلـــى رفع الغبن فى كل منهما وخيار الشرط مشـــروع ، فـــيكون خيار التعيين مشروعاً مثله[1] لدفع حاجة المشـــترى الذى يكون غير خبير بأحوال البيع والشراء فيحتاج إلـــى استشارة غيره ليأخذ الأفضل له، ولن يتحقق له هذا، إلا عـــن طريق مشروعية هذا الخيار، كما أن المرأة قد لا تستطيع الذهاب بنفسها إلى البائع لسبب أو لآخر ، فلا تجد إلا أن توكل من يشترى لها ما تريد على أن تكون بالخيار بين قطعتين من الثياب مثلاً. فالحاجة ماسة إلى مشروعية هذا الخيار، ولا سيما بعـــد أن تعددت الصناعات ، وأصبحت أصنافاً وألواناً بدرجات مـــتفاوتة فـــى الجـــودة، يصعب معرفتها لغير ذوى الخبرات

(١) مجلـــة الأحكام العدلية م/٣١٦-٣١٩، ابن عابدين حـــ٤ ص٦٠ – حاشية الدسوقى حـــ٣ ص١٠٦، الخلاف للطوسى حـــ١ ص٥٢١.

والبصر بالمبيعات[1].

(٤) لبس الحرير للحاجة:-

ولــبس الحرير وافتراشه ، والتدثر به، كذلك ما لم يجد غــيره من لباس أو دواء ، شرع لحاجة دفع القمل لما روى أن الزبــير بــن العــوام ، وعبدالرحمن بن عوف شكياً القمل إلى رســول الله -ﷺ- فــأرخص لهما فى قميص الحرير. وكذلك الحكــة – بالكســر وهى الجرب اليابس ، لأنه -ﷺ- أرخص لعبد الرحمن بن عوف وابن الزبير فى لبس للحكة[2].

---

(١) رسالة دكتوراه لأشرف الخطيب ، البحر الزخار للمرتضى حــ٤ ص٣٥٥

(٢) الفوائد الجنية حــ١ ص٢٨٧.

المبحث العاشر

فى قاعدة "العادة محكمة"

****

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: " فى مفهوم القاعدة، وأصلها"

المطلب الثانى: "فى فروع القاعدة"

المطلـــب الثالث:" فى قاعدة "استعمال الناس حجة يجب العمل بها".

المطلب الرابع : " فى قاعدتى : " إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت" والعبرة للغالب الشائع لا للنادر"

المطلب الخامس : فى تعارض العرف مع الشرع.

المطلـــب الســـادس: فـــى تعـــارض العرف مع اللغة، والعام والخاص.

المطلـــب السابع : " العرف الذى تحمل عليه الألفاظ وما يتعلق به".

المطلب الأول:

" فى مفهوم القاعدة، وأصلها"

****

(أ) مفهوم القاعدة:-

العـــادة : تجمع على عادات ، وعوائد ، وهى ما يفعله الـــناس، مرة بعد مرة، من غير تكلف، فهى مأخوذة من العود، المفـــيد للـــتكرار النافى لحدوث الأمر مصادفة ، وتعرف: بما يفعله الناس أو الشخص ، على حكم العقل ، مرة بعد مرة ، من غير تكلف.

وعلى هذا ، فإنه ليس من العادة ، ما استمر عليه الناس تطبيقاً لنص شرعى(١).

والعـــرف: يجمـــع على أعراف، وعُرُف، ضد النكر ، والنسبة إليه عرفى، وهو عادة جمهور قوم فى قول، أو عمل(٢).

ومعـــنى كـــون العادة محكمة: أن الشارع الحكيم جعل كثيراً من الأحكام منوطاً بعادات الناس، وأعرفهم،فهى محكمة، والذى حكمها هو الله سبحانه وتعالى.

إيضاح:-

هذه القاعدة ، معناها ، أن العادة عامة كانت،أو خاصة،

---

(١) معجم لغة الفقهاء ص٣٠٠.

(٢) معجم لغة الفقهاء ص٣٠٩.

تعتـــبر محكمـــة، عند النزاع، لإثبات حكم شرعى، لم يقم دليل يـــنص على خلاف الحكم بخصوصه، أو قام ولكنه كان عاماً ، لأنها دليل يبنى عليه الحكم الشرعى[1].

المراد بعمومها وخصوصها:

والمـــراد بكونها عامة أو خاصة، أن تكون مطردة ، أو غالبة فى جميع البلدان ، أو فى بعض البلدان، فالإطراد والغلبة شرط لاعتبارها ، سواء كانت عادة عامة، أو عادة خاصة[2].

العـــادة: وبناء على ما تقدم تكون العادة : هى الاستمرار على شيئ مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى.

مجال اعتبارها:

وقد اعتبر الفقهاء العادة فى استعمالاتهم ، والمجتهد فى اســـتنباط الأحكام ، والقاضى فيما يرفع إليه من للدعاوى ، إذا أصبحت العادة معهودة وجارية بين الناس.

أيهما أقوى، النص أم العادة والعرف؟

ومن المعلوم ، أن النص أقوى من العرف والعادة، ولا شبهة فى ذلك ، حتى النص الذى يصدر من الناس. مثال ذلك، لو أن شخصاً وضع الطعام أمام الضيف بحكم العادة والعرف، تتضـــمن الإذن له بـــأن يتناول من ذلك الطعام إلا أن صاحب البيـــت ، لو منع الضيف من تناول الطعام، فقد صدر منه نص

---

(١) درر الحكام ص٤٠ بتصرف.

(٢) المجلة : م ٤١-٤٢.

بخـــلاف العرف والعادة، فعلى الضيف أن يعمل بحكم النص ، ويمتنع عن الطعام ، ولا يعمل بالعرف والعادة ، ومن ثم ، فإذا أكل يكون مخالفاً للنص، فيضمن[1].

تعليق:

لا يكون الشيئ عادة، إلا إذا وقع أكثر من مرة، فالعادة فـــى مدلولهـــا التكرار ، بحيث لا تقول : وقع الأمر اتفاقاً ، أو صـــدفة ، لأن مـــا يقع صدفة ، لا يتكرر، فالعادة تعطى معنى التكرار ، النافى لحدوث الأمر صدفة ، تقول: عاد إلى الأمر ، إذا رجع إليه[2].

ومُحَكَّمَه: بحاء مهملة، وتشديد الكاف المفتوحة خلافاً لمن قرأه ، بتســكين الحـــاء، وفـــتح الكـــاف، أى مُحْكَمَة : والمعنى أن **القـــاعدة: وهى العادة مُحكَّمة أو مُحْكمة ، مجعولة حاكمة ، أى** معمول بها شرعاً[3].

والعـــادة: هو كل ما اعتيد ، حتى صار يفعل من غير جهد، أو هى: الحالة تتكرر على نهج واحد، كعادة الحيض فى المرآة ، أو هى: ما هو مألوف بين الناس من الأفعال وما أشبهها[4].

---

(١) أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور/ سيد صالح ص١٦٦.

(٢) القاموس الفقهى ص٢٦٥،لسان العرب حـــ٤ص٣١٥٧،التعريفات ص١٨٨.

(٣) الفوائد الجنية حـــ١ ص٢٨٩.

(٤) القاموس الفقهى ص٢٩٥، غمز عيون البصائر حـــ١ ص٢٩٦.

شرط إناطة الأحكام الشرعية بالعادة:-

إن الشــارع -ﷻ- جعل العادة حكماً لكثير من عادات الــناس، وأعــرافهم ، ومــنوطة بهــا، بشرط أن تكون العادة مشــروعة تقــبلها الطــباع السليمة ، ولا تتنافى مع المصادر الشــرعية، وللعــادة فى نظر الشرع حاكمية تخضع لها أحكام التصرفات، فتثبت تلك الأحكام على وفق ما تقضى به العادة أو العــرف ، بشــرط أن لا يكون هناك نص شرعى مخالف لتلك العادة أو العرف. فالعادة والعرف لفظان بمعنى واحد، من حيث مــا يــدل عليهما لفظهما ، ويصدقان عليه، حتى تكون العادة والعرف حجة، وحكماً[1].

(ب) دليل القاعدة:-

(١) أصــل القاعدة: هو قوله -ﷺ- "ما رآه المسلمون حسناً ، فهــو عند الله حسن" ، ومعنى الحديث : هو أ، عرف المسلمين وإجماعهم معتبر فى نظر الشارع، وصالح لأن يكون دليلاً من أدلــة الشــرع. وهــذا الحديث موقوف على سيدنا عبدالله بن مســعود ، وقــول الصحابى اعتبره الفقهاء حجة فيما لا مجال للــرأى فيه. ومن أجل ما قيل فى سند هذا الخبر ، جنح الناس إلــى الاســتدلال علــى هذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿ **وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا**

---

(١) توضيح الأحكام من بلوغ المرام حـــ١ ص٦٢-٦٣.

تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيراً ﴾ [1]، ووجه الدلالة من الآية فى قوله تعالى:﴿سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ ، فعادة المسلمين وعرفهم، سبيلهم، فالآية تدل على أن سبيل المؤمنين ، واجب الاتباع ، لأن السبيل هو الطريق والعادة والعرف. فمن ثم ، فما تعارف عليه المؤمنون حجة، ويترتب عليه الحكم الشرعى[2]، وسبيل المؤمنين أيضاً هى طريقتهم التى استحسنوها، وقد أوعد الله تعالى بالعقاب ، من اتبع غير سبيلهم ، فدل أن إتباع سبيل المؤمنين واجب[3] ، فتكون العادة محكمة فيجب العمل بها ولا ينافى هذا أن تكون الآية، دليلاً على حجية الإجماع ، كما هو مشهور عن الإمام الشافعى-ﷺ -.

تعليق :

ومع هذا فالحديث السابق يدل على المطلوب، سواء روى مرفوعاً إلى النبى-ﷺ- [والحديث المرفوع : هو ما اتصل سنده برسول الله -ﷺ- دون انقطاع]أو روى موقوفاً على ابن مسعود -ﷺ-.

[والحديث الموقوف: هو ما ارتفع سنده إلى الصحابى فقط] ذلك لأن سياق الحديث يوحى بأن المراد بالمسلمين : هم الصحابة وأئمة السلف والخلق، من أهل الحل والعقد ، والغيرة على

---

(١) الآية رقم (١١٥) من سورة النساء.

(٢) الأشباه للسيوطى ص٩٩.

(٣) الفوائد الجنية حـ١ ص١٨٥.

الإســـلام ، والمسلمين، والعلم بمقاصد التشريع ولا يشمل عوام المسلمين(١)، قال الآمدى(٢) : إن المسلمين صيغة عموم، واللام فــيها للاســتغراق الذى هو يدل على إجماع أهل الحل والعقد، وما رآه أهل الإجماع حسناً ، فهو عند الله حسن ، ويكون بهذا المعنى حجة، وبذلك تتضح دلالة الحديث على اعتبار العادة فى التشريع.

(٢) دليل الإجماع:

وقد أجمع أهل العلم على أن العادة محكمة ، فى الأمور الــتى تــتكرر عــادة، لأنها وليدة الحاجة، والمصلحة التى لا تــتعارض مــع النصــوص الشرعية، ومقاصدها العامة. فقد تعــارف الــناس، زمن النبى-ﷺ- ، على أمور تتعلق بشؤون الحياة، فلم يحرمها ، أو ينهى عنها، فدل على جوازها(٣).

إيضاح:

ورأى فــى الحديــث الســابق علمية، بدليل أنها نصبت مفعوليــن، وما ، اسم موصول، وأصل الحديث ، ما روى عن ابــن مســعود قال: " إن الله نظر فى قلوب العباد، فاختار لهم محمداً -ﷺ- ، فبعثه برسالة ، ثم نظر فى قلوب العباد، فاختار لهــم أصــحابه ، فجعلهــم أنصار دينه، ووزراء نبيه، فما رآه

---

(١) الاعتصام للشاطبى حـــ٣ ص١٣٨ ، الإحكام لابن حزم حـــ٢ ص١٣٠.

(٢) العرف وأثره فى التشريع الإسلامي ص١٨١.

(٣) المرجع السابق.

المســـلمون حســـناً فهو عند الله حسن، وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح" وهو موقوف حسن[1] ، أى ما رآه المسلمون حســـناً، بحسب الدليل الشرعى ، فهو عند الله حسن ، وقيد لفظ [المســـلمون] فى الحديث لا مفهوم له، فهو منزل منزلة الغالب، فـــأهل الذمـــة مخاطبون ، فكأنه قال: ما رآه الناس بشرط أن يكـــون العـــرف غير مخالف للدليل الشرعى وفى قوله [ما رآه المسلمون] إشارة إلى أن المراد عادات الناس الكمل المتمسكين بشـــرع الله والرؤية: أى الفكر الذى تحمد عاقبته ، وهو إجالة الخاطر فى المقدمات التى فيها إنتاج المطلوب: والرآى للفكر ، كالآلـــة للصـــانع. وتأتى الرؤية: بمعنى أبصر بحاسة البصر، فيـــتعدى إلـــى مفعول واحد. وهذا الموقوف فى حكم المرفوع. لأنه قول صحابى فيما لا مجال للرأى فيه[2].

هل هناك فرق بين العادة والعرف؟

(١) العـــادة فى مدلولها التكرار ، بحيث لا يقع الأمر اتفاقا أو مصادفه ، لأن ما يقع مصادفه أو اتفاقاً لا يتكرر. والعرف العـــام ، كالعادة ، فهو متكرر مستمر ما بقيت الدنيا. خلافاً للعـــرف الخـــاص، فهـــو خـــاص بحالة فردية معينة غير متكررة.

(٢) العـــادة مضطردة أى لا تتخلف ، بل هى ما استقرت عليه

(١) غمز عيون البصائر حـــ١ ص٢٩٥ ، كشف الخفا للعجلونى حـــ٢ ص٢٤٥.
(٢) الفوائد الجنية حـــ١ ص٢٩٠.

النفوس البشرية ، وكان موافقاً لشرع الله ، ودرجوا عليه. خلافــاً للعــرف فهو غير مضطرد ، وهو ما تعارف عليه الناس ، واتخذوه سبيلاً ، غير مخالف لشرع الله.

(٣) مــن حيــث العموم، والخصوص، فالعادة عامة، والعرف خاص، ومن ثم فعطف العرف على العادة من عطف العام على الخاص.

(٤) مــن حيــث العلاقــة بيــنهما، فبين العادة والعرف عموم وخصــوص مطلق، ومن ثم ، فكل عرف عادة، وليس كل عــادة عرف ، فالعادة قد ترتبط بشخص واحد، ولا تسمى عرفاً ، كعادة المرآة فى حيضها[1].

أقسام العرف:

العرف ينقسم إلى ثلاثة أقسام: بيانها كما يلى:

النوع الأول : العرف العام:

مثاله: وضع الدابة على كل ما يدب على وجه الأرض.

النوع الثانى: عرف خاص:

مثاله: اصطلاح كل طائفة مخصوصة كالرفع للنحاة وغيرهم.

الثالث: العرف الشرعي:

مــثاله : الصــلاة، والــزكاة ، والحج. تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية.

---

(١) غمز عيون البصائر للحموى:حــ١ ص٢٩٦، الفوائد الجنية:حــ١ ص٢٩١.

واعلـــم أن لفظى العادة والعرف تارة يستعملان بمعنى واحد ، وتـــارة يســـتعمل كـــل منهما فى خلاف الآخر. فيراد بالعرف استعمال خاص: وهو نقل اللفظ من موضعه الأصلى على معناه المجـــازى شـــرعاً وغلبة استعماله فيه. ويراد بالعادة: نقله إلى معـــناه المجـــازى عرفاً[١]، ومنه قول الأصوليين تترك الحقيقة بدلالـــة الاســـتعمال والعـــادة واخـــتلف فى عطف العادة على الاستعمال، فقيل : هما مترادفان ، وقيل المراد من الاستعمال : نقـــل اللفـــظ عن موضوعه الأصلى إلى معناه المجازى شرعاً وغلـــبه اســـتعماله فـــيه. ومن العادة نقله إلى معناه المجازى عـــرفاً[٢]، وقـــد يراد بالعرف الاستعمال الشامل للأنواع الثلاثة آنفـــا، وبالعـــادة تكـــرار حصول الشيئ، وهذا هو الشائع عند ذكرهما معا[٣].

متى يعتبر العرف والعادة حجة؟[٤].

لقد سبق أن قلنا: أن العادة مشتقة من العود، أو المعاودة بمعـــنى التكرار ، فالعادة: اسم لتكرير الفعل حتى يصير سهلاً تعاطـــيه كالطبع، وأما محكمة: فهى اسم مفعول من التحكيم فى القضـــاء، والفصـــل بين الناس ، أى العادة هى المرجع للفصل

(١) الفوائد الجنية: حـــ١ ص٢٩١.

(٢)غمز عيون البصائر للحموى حـــ١ ص٢٩٦..

(٣)الفوائد الجنية المرجع السابق.

(٤) توضيح الأحكام من بلوغ المرام حـــ١ ص٦٢-٦٣.

عــند الــنزاع. ويعتبر العرف والعادة بناء على ذلك حجة عند عــدم مخالفته لنص شرعى، أو شرط لأحد المتعاقدين، كما لو اســتأجر شــخص آخر ليعمل له من الظهر إلى العصر فقط، فليس للمستأجر أن يلزم الأجير بالعمل من الصباح إلى المساء بحجــة أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة المشروطة بينهما. ومــن ثــم فــإذا وافــق العرف والعادة الدليل الشرعى وجبت مــراعاته وتطبــيقه، وإذا خالف العرف والعادة الدليل من كل وجه وجب رد العرف والعادة ، فلا يعتبران حكماً لإثبات حكم شرعى إلا إذا لم يرد نص فى ذلك الحكم المراد إثباته. وأما إن كانــت مخالفة العرف للدليل الشرعى فى بعض أفراده أو كان الدلــيل الشرعى قياساً فإن العرف العام يعتبر مخصصاً للنص وبترك القياس من أجله[١].

ضابط عام:

كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط له فى الشرع ، ولا فــى اللغــة ، فإنه يرجع فيه إلى العرف مثل : الحرز فى الســرقة فهــو ما يعتبر حده فى العرف حيث لا تحديد له فى الشــرع، ولا فى اللغة، ويختلف بين مال ومال ، وبين حال وحال[٢].

---

(١) توضــيح الأحكــام حـــ١ ص٦٣ ، غمز عيون البصائر ، والفوائد الجنية المرجعين السابقين.

(٢) توضيح الأحكام حـ١ ص٦٣.

تقسيم:-

العادة: ما تعارفه الناس، فأصبح مألوفاً لهم ، سواء أكان قولاً جرى عرفهم على استعماله فى معنى خاص بهم.

مثل : اطلاقهم لفظ-الولد- على الذكر دون الأنثى ، ولفظ الدابة على الفرس أو على الحمار دون سواه ، واطلاقهم لفظ اللحم على ما سوى السمك، ونحو ذلك.

أو كان فعلاً: كالبيع بالتعاطى فى السلع التى كثر تداولها وتحدد سعرها. وتحكيم عادة الناس وعرفهم فى معاملاتهم يدخل فى باب رعاية مصالحهم، وعدم إيقاعهم فى الحرج والضيق. فأما عرفهم اللغوى: فإنهم يعاملون به وإن خالف عرف القرآن الكريم.

فلو حلف امرؤ لا يأكل لحماً فأكل سمكاً لم يحنث فى ذلك وإن سمى الله سبحانه السمك لحماً ، وكذلك لو حلف لا يأكل رأساً لم يحنث إلا بأكل الضأن على حسب العرف. كذلك لو حلف : لا يجلس على بساط فجلس على الأرض، أو حلف لا يجلس تحت سقف فجلس تحت السماء، أو لا يستضيئ بسراج فاستضاء بالشمس ، وأن سمى الله الأرض بساطاً فى قوله:﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ بِسَاطاً ﴾ (١).

وسمى السماء سقفاً فى قوله:﴿ وَجَعَلْنَا السَّمَاءَ سَقْفاً

---

(١) من الآية رقم (١٩) من سورة نوح.

مَحْفُوظاً ﴾ (١)، والشمس سراجاً فى قوله تعالى:﴿ وَجَعَلَ الشَّمْسَ سِرَاجاً ﴾ (٢)، والسمك لحماً فى قوله ﴿ وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْماً طَرِيّاً ﴾ (٣)؛ لأن ذكر هذه الأسماء فى الكتاب الكريم لم يرد به إلزام الناس باستعمال هذه الألفاظ فى تلك المعانى بل هو من باب التسمية للدلالة على المعانى المقصودة بهذه الأسماء(٤).

تقسيم العرف الفعلى:

ويشمل الإيجابى والسلبى فهو نوعان:

(ا) عرف فاسد:

وهو ما أحل حراماً ، أو حرم حلالاً ، كاعتيادهم التعامل بالربا، أو شرب الخمر جهاراً، أو كشف العورات، أو عدم إقامة الشعائر الدينية فى الحفلات، أو ما أشبه ذلك وهذا ما يجب إلغاؤه وعدم الاعتداد به، وإلا زالت الشريعة ودرست معالمها على مر الزمان.

(ب) عرف صحيح:

وهو ما لا يحل حراماً ، ولا يحرم حلالاً : كاعتيادهم

---

(١) من الآية رقم (٣٢) من سورة الأنبياء.

(٢) من الآية رقم (١٦) من سورة نوح.

(٣) من الآية رقم (١٤) من سورة النحل.

(٤) أصول التشريع الإسلامي للأستاذ / على حسب الله ص٣٤٩-٣٥٠ ط سادسة سنة ١٤٠٢هـ- ١٩٨٢م.

الإهــداء إلى العروس قبل الزفاف، وجعلهم المهر قسمين: حالاً وموجــلاً ، ونحــو ذلك ، وهذا النوع تجب مراعاته في الإفتاء والقضـــاء ، لأن المقصود من التشريع هو إصلاح حال الناس، وإقامــة العــدل بيــنهم فـــي يسر وسهوله. وقد بنت الشريعة الإســـلامية كثــيراً من الأحكام على العرف، ومن ذلك وجوب الديــة علـــى العاقلة، وبناء الإرث والولاية في الزواج على ما عــرف مـــن العصـــبية، واعتبار الكفاءة في الزواج ، وتحكيم العرف في مقدم الصداق ومؤخره عند اختلاف الزوجين.

وكذلـــك بـــنى الأئمـــة كثيراً من الأحكام على العرف، فالإمـــام مالك بنى كثيراً من الأحكام على عرف أهل المدينة ، وبـــنى الإمام الشافعي كثيراً من الأحكام في مذهبه الجديد على عـــرف أهل مصر، وترك منها ما بناه على عرف أهل العراق في مذهبه القديم، وذهب الشيخ أبو يوسف –رحمه الله– إلى أن الحكم الشرعي يثبت بالنص بناء على عرف الناس، يتأثر بتغير هذا العرف ، كوجوب المماثلة كيلاً في بيع القمح بالقمح ، فإنه بني على ما تعورف من تقدير القمح بالكيل فإذا تعورف تقديره بالوزن كان الواجب هو المماثلة في الوزن(١)، ومبعث الخلاف فـــي كثـــير مـــن المسائل عند الحنفية العرف ، ومن عباراتهم المألوفـــة "المعـــروف عرفاً كالمشروط شرطاً" . ويلاحظ : أن

---

(١) فتح القدير جـــ٥ ص٢٨٢-٢٨٣.

الأحكام المبنية على العرف تتغير بتغيره زماناً ومكاناً[1].

ولا تخـــرج عن دائرة المباحات ، لأنها لا تحل حراماً ، ولا تحرم حلالاً[2].

المطلب الثانى

فى فروع القاعدة

****

من فروع وتطبيقات قاعدة: العادة محكمة: ما يلى:-

اعلم أن الشارع جعل العادة والعرف مناطاً وحكماً لكثير مـــن الأحكام الشرعية، وعطف العرف على العادة من عطف العـــام على الخاص. فالعرف عام، والعادة خاص، وبين العادة والعــرف عمـــوم وخصـــوص مطلق يجتمعان فى الأخص ، ويـــنفرد الأعـــم ، فكل عرف عادة وليس كل عادة عرف، لأن العـــادة ليســـت لكـــل الناس فمثلاً الحيض بالنسبة للمرأة عادة خاصـــة بهـــا، وليست عرفاً لكل الناس والعادة مدلولها التكرار والعرف ليس كذلك ومن ثم كان العرف والعادة مرجع كثير من الأحكام الشرعية فى كثير من أبواب الفقه وفى مسائل لا يمكن حصرها وعدها لأجل كثرتها، ومنها:-

---

(١) الموافقات للشاطبى حـــ٢ ص١٩٨.

(٢) المستصـــفى للغزالى حـــ١ ص٣١١، إعلام الموقعين للشاطبى حـــ٣ ص٦٠، الأشباة والنظائر لابن نجيم ص٦٣ ، الموافقات للشاطبى حـــ٢ ص١٩٧.

(١) سن الحيض ، وأقل البلوغ:-

(أ) سن الحيض :

الحــيض هــو فى اللغة: عبارة عن سيلان الدم. يقال: حاض الوادى إذا سال(١).

والحيض اصطلاحاً : دم جبلة يخرج من أقصى رحم المرأة فى أوقــات مخصوصة(٢)، وأقل سن الحيض تسع سنوات، والدليل الاستقراء ، أى استقراء عادات الناس والسؤال عنها، وبه تبين أن البنـــت تحيض فى سن تسع سنوات، وهذا الحكم مبنى على العادة والعرف، وعلى ذلك ، فتكون العادة محكمة، ويلاحظ بأن الاســتقراء الكــامل مستحيل، فالحكم هنا ثبت على الاستقراء الـــناقص، ونتيجــته ظنـــية، ولما كان المعتبر فى سن الحيض العـــادة، كـــان لصـــعيد مصر ولجوها الحار له تأثير فى بلوغ الأنـــثى. أمـــا فـــى الوجه البحرى، يتأخر بلوغها. وأيضاً فى الســـودان تبلغ الأنثى قبل بلوغ مثلها فى صعيد مصر ، فالمحكم فـــى ذلـــك العـــادة والعـــرف. ويعـــرف الحيض بنزول الدم بالأوصـــاف المعروفة. وهو على صفات خمسة: منها: ما هو أسود، وهو أقواه لقوله-ﷺ- [دم الحيض أسود] (٣).

---

(١) ترتيب القاموس حـــ١ ص٧٥٠.

(٢) شرح المهذب حـ٢ ص٣٤٢، المحلى حـــ١ ص٩٨، نهاية المحتاج حـــ١ ص٣٢٣، الأشباه للسيوطى ص٩٩، شرح المحلى على المنهاج حـــ١ ص٩٨، معجم لغة الفقهاء ص١٠.

(٣) أبو داود حـــ١ ص٧٥، النسائى: كتاب الحيض والاستحاضه الحاكم: حـــ١ ص١٧٤.

ومـــنها: مـــا هـــو أحمر، ومنها: ما هو أشقر أو أصفر ومنها: ما هو كدر[1]، فما له رائحة فهو أقوى من الآخر وكذلك الـــثخانة أقوى من الرقيق ، فمن وجد فيه صفة دون غيره فهو أقـــوى مـــن الآخر ، ومن وجد فيه صفتان فهو أقوى ممن فيه صـــفة واحـــدة، ومن به ثلاث صفات وغيره صفتان ، فالقوى مالـــه ثـــلاث صـــفات، فـــإن وجد فى كل واحد صفة فالمتقدم أقـــوى[2]، وأقل الحيض يوم وليلة، أو أقله يوم[3]، وأقل الطهر خمســـة عشـــر يوماً[4]، وخلاصة ما تقدم أن أقل الحيض سناً وزمـــناً تسع سنين قمرية، للوجود، لأن ما ورد فى الشرع ولا ضـــابط له شرعى ولا لغوى يتبع فيه الوجود. وأقله زمناً يوم ولـــيلة أو قدر يوم فقط، وأكثره خمسة عشر يوماً[5]، والوجود معناه الاستقراء[6].

(ب) أقل البلوغ:

وأقـــل البلوغ أى أقل سنة تمام خمس عشرة سنة قمرية، وقـــد يكـــون البلوغ بالاحتلام لتسع سنين قمرية للذكر والأنثى.

---

(١) شرح المهذب حـــ٢ ص٤٠٣، المحلى حـــ١ ص١٠٣.

(٢) الروضة حـــ١ ص١٤١.

(٣) روضة الطالبين حـــ١ ص١٣٤.

(٤) نهاية المحتاج حـــ١ ص٣٢٦.

(٥) الفوائد الجنية حـــ١ ص٢٩١ ط سابقة.

(٦) نهاية المحتاج حـــ١ ص٣٢٤.

فالبلوغ مرجعه العرف، حيث إنه يقضى بأن الولد حينما يحتلم يصبح بالغاً ، فإذا لم يحتلم حتى بلغ خمس عشرة سنة حكم ببلوغه. وهذا الحكم مبنى على العادة والعرف، وعليه فالعادة محكمة والبنت يقضى ببلوغها بنزول الحيض أو الاحتلام أو ببلوغها السن المذكورة. والإنزال يختلف باختلاف البلد رطوبة وحرارة، فالولد فى السودان مثلاً يكون أسبق من الولد فى مصر، وهذا الحكم مبنى على العادة والعرف وعليه فالعادة محكمة(١).

(٢) وفى إجازة الظئر يعتبر العرف، فالظئر هى المرأة التى ترضع طفل غيرها بأجر.

(٣) ويعتبر العرف فيما لا نص من الأموال الربوية فى كونه كيلياً أو وزنياً. وأما المنصوص على كيله أو وزنه فلا اعتبار بالعرف فيه.

(٤) والعادة محكمة أيضاً فى قبول الهدية للقاضى ممن له عادة بالإهداء له قبل توليته بشرط أن لا يزيد على العادة، فإن زاد عليها رد الزائد، والأكل من الطعام المقدم له ضيافة بلا صريح الإذن.

(٥) ومن الألفاظ التى تبنى على عرف المتلفظين بها، ألفاظ الواقفين، وكذا لفظ الناذر والموصى، والحالف، وألفاظ

---

(١) الفوائد الجنية، المصادر السابقة ، غمز عيون البصائر جـ١ ص٢٩٦.

المقر[1]، ومن ثم فلو قال: وقفت كذا على أهل السنة، فهل أهل السنة المراد بهم من يعرفون الحديث دراية ورواية أم أحدهمـــا فقـــط؟ المحكـــم فى ذلك العرف فالعادة محكمة. وكذلـــك لـــو قال: أوصيت للمشايخ بكذا، فالمحكم فى ذلك العـــرف أى فى معرفة المشايخ فالعادة محكمة ومثال ذلك أيضـــاً: إذا قال الواقف أوقفت مزرعتى على فقهاء بلدتى، فمـــا أعده العرف فقيها يأخذ. وما لا يعده كذلك فلا. وفى الوصـــية، إذا قال الموصى: أوصيت بهذه الدار على طلبة العلم. فما أعده العرف طالب علم أخذ وما لا فلا.

وفى الأيمان: إذا قال: والله لا أكلم علياً فمر على جماعة بيـــنهم علـــى. وقال السلام عليكم ، فإن حكم العرف بأن كلمة حنـــث، وأن حكم بأنه لم يكلمه فلا يحنث ، وهكذا ، وذلك لأن صبغ الوقف والوصية ، والأيمان متركه على العرف ، فالعادة محكمة.

(٦) الأفعال المنافية للصلاة:-

الأفعـــال المنافية للصلاة ، المحكم فيها العرف، فما يعده الـــناس قليلاً ، يعطيه حكم القليل ، وما يعده الناس كثيراً تغطية حكـــم الكثير. وقد ضبط فقهاء المالكية القلة والكثرة بقولهم: أنه لـــو نظـــر شـــخص إليه وخيل إليه أنه ليس مصلياً فهو كثير

---

(١) غمز عيون البصائر للحموى حـــ١ ص٢٩٨ ، المغنى والشرح الكبير حـــ١١ ص٤٣٧، معين الحكام ص١٧، المبسوط حـــ١٦ ص٨٢.

وصلاته باطلة.

وإذا نظـــر إليه وحسبه مصلياً فهو عمل قليل ، والصلاة صحيحة ، فما يعده الناس كثيراً قضينا فيه ببطلان الصلاة وما يعده الناس قليلاً قضينا فيه بصحة الصلاة.

وهذا مبنى على العرف فتكون العادة محكمة .

(٧) النجاسات المعفو عن قليلها:

يعفى عن النجاسة إذا كانت على قدر الدرهم عند الحنفية وعـــند فقهاء الشافعية كل ما يشق الاحتراز منه يعفى عنه، فما يعده الناس قليلاً يعفى عنه، وما يعده الناس كثيراً لا يعفى عنه، فالقلـــة والكثرة مرجعها العرف، فالعادة محكمة ، وعلى قواعد فقهـــاء الحنفـــية، لا يصـــح القول بالعفو عن قدر الدرهم من النجاســـة فى هذا الزمان ، ذلك لأن الأحكام المرتبطة بالعرف تخـــتلف باختلاف الناس فما يعده الناس قليلاً يعفى عنه، وما لا يعـــده الناس فلا يعفى عنه ولكن ينبغى أن يراعى حرمة كل ، فالجـــزار ليس كغيره، والحكم فى قليل النجاسة وكثيرها العرق والعادة فالعادة محكمة[1].

(٨) طول الزمان وقصره: الموالاة فى الوضوء.

المـــوالاة عند فقهاء الشافعية سنة ، وعند المالكية شرط أو ركن ، وضابط الموالاة المحكم فيها العرف. فما يعده الناس

---

(١) غمز عيون البصائر، والفوائد الجنية المرجعين السابقين.

موالاة لا تتحقق فيه السنية ولا الشرطية، وما يعده الناس موالاة يحقق السنية أو الركنية. وضابط الموالاة أن يغسل العضو اللاحق قبل جفاف العضو السابق، وهذا مبنى على العرف وهذا مع اعتدال الهواء والمزاج والزمان والمكان.

وقيل معنى الموالاة أن لا يجف العضو الأول قبل الشروع فى الثانى. ويلاحظ بأن الموالاة ركن عند المالكية، سنة عند الشافعية إلا فى وضوء صاحب الضرورة ولم يضق الوقت.

(٩) الموالاة بين الخطبة والجمعة:

لابد من الموالاة العرفية بين الخطبة والجمعة بحيث لا يعد فى نظر الناس أنه فصل بينهما بفاصل كبير، وإلا وجب أن يعيد الخطبة ثم الجمعة فالمحكم هنا فى طول الفصل وقصره العرف والعادة ، فهى محكمة. فإن خطب الإمام ثم قال: استقيموا يرحمكم الله ، لا يعتبر ذلك فاصلاً ، أما إذا ألقى محاضرة فيعد فاصلاً عرفاً ، فهى محكمة.

(١٠) الفاصل بين الإيجاب والقبول:-

الفاصل بين الإيجاب والقبول، وجميع صيغ العقود ، يشترط ألا يفصل بين الإيجاب والقبول ، كلام أجنبى ولا سكوت طويل ، فإذا كان الفاصل طويلاً عرفاً بطل الإيجاب ، ومن ثم فإذا كان ثمة قبول فلا يرتبط به، ولابد من إيجاب جديد، فالمحكم فى طول الفاصل وقصره العرف والعادة،

فتكون محكمة ، وبناء على ذلك فالموالاة بين الإيجاب والقبول مشروطة، فما عده للعرف موالاة بلا فاصل اعتبر وإلا فلا.

(١١) السلام ورده:-

إلقــاء السلام سنة والرد فرض. وقد يكون فرض كفاية إذا كــانوا جماعة ، وفرض عين إذا كان واحداً فإذا سلم عليك شــخص ولــم تــرد فوراً تأثم. والضابط فى الفورية هنا هو العــرف. ومعنى ذلك أن إلقاء السلام سنة كفائية، والرد واجب كفائى، والرد فورى عرفا، لأن الغرض سماع المسلم الرد لأنه من وسائل المحبة، فالمحكم هنا فى طول الفاصل وقصره العادة والعرف، وعليه فهى محكمة.

(١٢) التأخير المانع من الرد بالعيب:-

إذا دلــس الــبائع علــى المشــترى ، فللمشترى الرد على الفورية. وضابط الفورية هو العرف. فإن تأخر عرفا فقد بطل وسقط حقه فى الرد ، أما إذا تركه عنده أياماً فإمساكه رضا به. ومن ثم فتكون العادة محكمة.

(١٣) فى الوزن والكيل :

وفــى وزن أو كــيل ما جهل حاله فى عهد رسول الله -ﷺ-، فإن الأصح يراعى فيه عادة البلد، ومعنى ما جهل حاله فــى عهــده -ﷺ- فلــم يعلم أيكال؟ أم يوزن؟ فى عهده عليه الصــلاة والســلام ففى هذه الحالة يحكم العرف فيه بأنه مكيل فــيكال، وإلا فلا ، وقد تغير العرف الآن فما كان بالكيل أصبح

بالوزن والعكس فالعادة محكمة.

(١٤) القبض والاقباض:-

القـــبض خـــاص بالمبـــيع، والإقباض من البائع بالنسبة للمشـــترى، والمحكـــم فى ذلك العرف ، فقبض المبيع المنقول يكـــون بـــنقله أو بالتخلـــية، والقـــبض فى العقار يكون بتسليم المفاتـــيح. وكذلك الهبة ، والسلم والإجارة ، ولا يجوز للإنسان أن يبيع ما اشترى إلا بعد قبضه لقوله عليه الصلاة والسلام [لا تـــبع ما ليس عندك] ومن ثم فالمحكم فى القبض والاقباض هو العرف.

(١٥) المعاطاة فى البيع:-

المعاطاة : هى الأخذ والعطاء بدون صيغة أو المعاطاة: أن يـــناول المشـــترى الثمن للبائع ، فيناوله البائع السلعة دون الـــنطق بالإيجـــاب والقـــبول(١)، والبيع بالمعاطاة فيه خلاف: فالشافعية يقولون: لابد من صيغة لفظية وقال المالكية والحنابلة تقوم المعاطاه مقام الصيغة.

وعلـــى القـــول بجواز المعاطاة فى البيع فإنها تكون فى العظـــيم والحقير، لأن إلزام الناس بالصيغ فيه مشقة ، والعرف جـــرى بالـــتعامل بالمعاطاة ، والشارع الحكيم لم يلزمنا بذلك، فتكون العادة محكمة(٢).

---

(١) معجم لغة الفقهاء ص٤٣٧.

(٢) المحلى على المنهاج جـــ٢ ص١٥٣، روضة الطالبين جـــ٣ ص٤٧٧، الخيارات فى الفقه الإسلامي ص١٣٢.

(١٦) دخول دور القضاه والولاة:

العـــرف هـــو المتـــبع فى دخول دور القضاة والولاة، والعرف الجارى الآن يقضى أن يكون الدخول بواسطة الحاجب عـــند القاضى والوالى ، فالمحكم فى الدخول هو العرف وهذا من عطف العام على الخاص.

(١٧) السباق والمناضلة:

المسابقة جائزة على الخيل والإبل والبغال والحمير والفيلة بغير عـــوض وبعـــوض، إن كان من غير المتسابقين كالإمام يجعله للســـابق، فهـــو جائز بلا خلاف . وإن كان من أحد المتسابقين جـــاز عند الجمهور، وكذلك إن كان منهما، ومعهما ثالث محلل بشـــرط أن لا يخرج من عنده شيئاً، ليخرج العقد على صورة القمـــار[١] وذلـــك لقولـــه ﷺ[لا سبق إلا فى خف أو نصل أو حافر] [٢] والمناضلة: هى الترامى بالسهام والحراب وغيرهما، وهى جائزة لما روى عن سلمة بن الأكوع قال: مر رسول الله ﷺ علـــى نفر من أسلم ينتضلون بالسوق، فقال: [ارموا يا بنى إســـماعيل فـــإن أبـــاكم كان رامياً وارموا وأنا مع بنى فلان] قال:فأمسك أحد الفريقين بأيديهم فقال رسول الله ﷺ [ما لكم لا تـــرمون؟] قـــالوا: كيف نرمى وأنت فيهم؟ فقال: " ارموا وأنا

---

(١) نيل الأوطار جـــ٨ ص٧٨ .

(٢) المرجع السابق.

معكـــم كلكم"(1) فلو جرت عادة الرماة على تحديد مسافة معينة صـــارت هـــى المعتـــبرة عند إطلاق عقد المسابقة والمناضلة وخلـــوه عـــن تحديـــد المسافة . والجرى والسباحة كالمسابقة والمناضلة أى تصح بعوض وبغير عوض، وكانت لرسول الله ﷺ ناقـــة تســـمى العضباء، وكانت لا تسبق فجاء أعرابى على قعـــود له، فســـبقها فاشـــتد ذلك على المسلمين، وقالوا: سبقت العضـــباء، فقـــال رسول الله ﷺ [إن حقاً على الله أن لا يرفع شيئاً من الدنيا إلا وضعه] (2) وعلى ذلك فالعادة محكمة.

(18) المبارزة:

قد كانت المبارزة، ضرباً من ضروب الحرب، فى عهد رســـول الله ﷺ ، وذلـــك بـــأن يخـــرج رجل جلد من صفوف المســـلمين، وكذلك من صفوف المشركين. ويقال: برز له أى خـــرج لينازله بالسيف(3) وبارز فى الحرب مبارزة أى مقاتل، فـــإذا اطردت عادة المتبارزين بالأمان، ولم يجر بينهما شرط، فالأصـــح أنها تنزل منزلة الشرط . ومن ثم فإذا خرج للمبارزة أصـــبح آمـــناً، فـــلا يشترط الأمان إن وجد العرف والعادة فى الأصـــح، وإن لـــم يوجد العرف اشترط الأمان . وعليه فالعادة محكمـــة . ومقـــابل الأصح نقول لا تنزل العادة منزلة الشرط،

---

(1) المرجع السابق ص84 .

(2) نيل الأوطار جـــ8 ص87-89 .

(3) المعجم الوجيز ص45 مادة "برز" والمصباح المنير جـــ1 ص56 .

وعلـــيه فالأمـــان غير مشروط وعلى ذلك يجوز قتله، لكن قتل المبارز إذا لم يشترط الأمان، لا يليق بأخلاق المسلمين ومن ثم فلا يجوز قتله، لأن العادة تنزل منزلة الشرط والمسلم ليس من طـــبعه الغـــدر، وإذا طلب المبارزة كافر استحب الخروج إليه، لأننا إذا لم نجبهم ظنوا الضعف بنا، ومحل هذا إذا كان بيننا من يقوى عليه، وإلا كانت الإجابة بالمبارزة غير مستحبة.

ولذلك قالوا: لا تجوز المبارزة إلا بإذن الإمام وتكون بدون إذنه جائـــزة مع الكراهة، فقد طلب المبارزة عتبة بن ربيعة فى يوم بـــدر، ومعه ابنه وأخوه، فنادى من يبارز؟ فخرج له شباب من الأنصـــار فقال: ومن أنتم؟ فأخبروه فقال: لا حاجة لنا فيكم إنا أردنا بنى عمنا، فقال رسول الله ﷺ قم يا حمزة، قم يا على، قم يـــا عبيدة ، فأقبل حمزة إلى عتبة، وأقبل على إلى شيبة، وأقبل عبـــيدة إلـــى الوليد، فأثحسن كل واحد منا صاحبه، ثم ملنا إلى الولـــيد فقتلناه، واحتملنا عبيدة جريحاً[1] وهذا دليل على جواز المبارزة، وعلى تعيين كل من المتبارزين بعضهم بعضاً[2].

(١٩) تناول الثمار الساقطة:

الـــثمار الساقطة حول الشجر، جرت العادة على تسامح الناس فـــى تـــناولـــه، فلا يطالب صاحب الشجر بقيمة الثمر الساقطة لجريان العادة بالتسامح عنه، والعادة محكمة.

---

(١) نيل الأوطار جـ٧ ص٢٩٣ .

(٢) المرجع السابق.

(٢٠) إحراز المال المسروق:

يشترط لوجوب حد السرقة خمسة أمور: بيانها كالتالى:-

الأول: كون المسروق ربع دينار خالصاً، أو قيمته.

الثانى: كون المسروق ملكاً لغير السارق.

الثالث: عدم وجود شبهة تسقط الحد.

الرابع: كون المسروق فى حرز.

الخامس: كون السارق مكلفاً مختاراً[١].

والحرز: هو ما يحفظ فيه المال عادة[٢] قال الغزالى: والحرز ما لا يعد المالك أنه مضيع لماله فيه، ومرجعه العرف، لأنه ليس له ضابط لغة ولا شرعاً[٣] والعادة محكمة.

(٢١) عمل الصناع:

قد يدفع إنسان إلى خياط، ثوباً ليخيطه، أو يجلس بين يدى حلاق مثلاً، ولا يتفقان على أجرة، فهل يستحق الصانع أجرة عمله أم لا؟ فى الجواب على ذلك خلاف بين الفقهاء: بيانه فيما يلى:

(١) الأصح فى مذهب الشافعية، أنه لا يستحق أجرة، لأن عمل الصانع عمل لمثله أجرة، ولم يذكر أجرة له، فلا أجرة، لأنه رضى بالعمل مجاناً.

---

(١) المحلى على المنهاج جـ٤ ص١٨٦-١٩٦ .

(٢) معجم لغة الفقهاء ص١٧٨ .

(٣) حاشية قليوبى جـ٣ ص١٩٠ .

(٢) ومقـــابل الأصح عند الشافعية: إنه يستحق الأجرة لجريان العادة بذلك، والعادة محكمة[١].

(٣) وقال الشيخ أبو يوسف: إن كان هذا الشخص متعاملاً دائماً مـــع الخياط، أو الحلاق، أو الصانع، استحق الأجرة، وإلا فلا.

(٤) وقـــال محمـــد بـــن الحسن: إن كان الصانع معروفاً بتلك الصنعة بالأجرة ، فله الأجرة، لقيام حاله، مقام قوله[٢].

(٢٢) الاستيلاء فى الغصب:

لو استولى إنسان على شئ، فالمعتبر فى الحكم على هذا الاســـتيلاء، بكونـــه غصباً أو غيره، العرف والعادة، فلو حكم الـــناس على من مسك حبل دابة، وسار بها قليلاً بأنه غاصب، صار غاصباً، وعزر، فالعادة محكمة.

(٢٣) رد مظروف الهدية:

ظرف الهدية هو: الوعاء الذى كانت فيه الهدية، فالحكم فى رده فارغاً من عدمه العادة.

(٢٤) الوزن والكيل:

وفى وزن أو كيل، ما جهل حاله فى عهد رسول الله ﷺ ، فإن الأصح أنه يراعى فيه عادة بلد البيع.

---

(١) الأشباه والنظائر ص١٠٦ .

(٢) المرجع السابق.

(٢٥) صوم يوم الشك:

إنســـان من عادته صيام يومى الخميس والاثنين، أو صيام يوم بعد يوم، فصـــادف يـــوم صـــيامه يوم الشك، وهو الثلاثون من شعبان، وصيامه مكـــروه، حكمـــت عادتـــه، وصـــام يوم الشك باعتباره عادته، فالعادة محكمة[١].

المطلب الثالث

فى قاعدة: [استعمال الناس حجة يجب العمل بها]

هـــذه القاعدة: مندرجة تحت قاعدة: العادة محكمة، وهى بمعنى القـــاعدة الكـــبرى – العـــادة محكمـــة– وهـــى شاملة للعرف العملى،والعرف القولى.

(أ) مفهوم القاعدة:

ومفهـــوم هـــذه القـــاعدة: أن عـــادة الناس، حجة يجب العمل بموجبها، إذا لم تكن مخالفة للشرع، لأنه يستحيل تواطؤهم على الكذب والضلال لكثرتهم، واختلاف أقطارهم.

(ب) هل الحكم المبنى على استعمال الناس يتبدل؟

والجـــواب: لا مانع من تبدل الحكم المبنى على استعمال الناس المخـــالف لنصـــوص الفقهـــاء، المبنـــية على العرف أو على الاجـــتهاد، والـــرأى، إذا تـــبدل العرف، وكان الاستمرار على الحكم السابق فيه ضرر أو مشقة، تصيب العباد.

مـــثال ذلك، عدم الاكتفاء بظاهر العدالة فى الشهادة الآن، فعلى

---

(١) المراجع السابقة.

الحاكم أن يتحقق من عدالة الشهود، مع أن ذلك مخالفاً لما نص عليه الإمام أبو حنيفة ﷺ ، من الاكتفاء بظاهر العدالة، بناء على مـــا كان فى زمنه، من غلبة العدالة، ولكن أبا يوسف ومحمداً، نصاً على أنه لا يكتفى بذلك الظاهر، لفشوا الكذب فى زمانهما. ومـــثال ذلـــك أيضاً: تضمين الساعى بالنميمة مع مخالفة ذلك لقاعدة الضمان على المباشر دون المتسبب، ولكن لكثرة السعاه المفسدين أفتوا بتضمينه(١).

(جـ) أنواع العرف:

العرف نوعان: عملى، وقولى: وبيان ذلك كما يلى:

أولاً: العرف العملى:

العرف العملى: هو اعتياد الناس على شئ من الأفعال العادية، أو التصـــرفات المنشئة للالتزامات كاعتياد الناس تعطيل بعض الأيـــام من كل أسبوع عن العمل،وكاعتيادهم، عند بيع الأشياء الثقـــيلة، أن تكـــون حمولـــتها إلى بيت المشترى على البائع. وتقســـيط أجور العقارات السنوية إلى أقساط معدودة، وتعارفهم فـــى الأنكحـــة، تعجيل جانب من المهر، وتأجيل الباقى، إلى ما بعد الوفاة أو الطلاق ، فهذه التصرفات وغيرها، تكون محكومة بالعـــرف العملـــى. وبـــناء على هذا، فلو وكل زيد، بكراً بأن يشترى له خبزاً ، أو لحماً ، وكان من عادة الناس فى تلك البلدة

(١) الوجيز ص١٦٩ ، شرح المجلة لعلى حيدر ص٤٢ بتصرف برسالة نشر العرف لابن عابدين ص١٢٦ .

، أكـل خـبر خـاص، ولحم خاص، فليس للوكيل أن يشترى للموكـل خـبزاً من نوع آخر، أو لحما من غير ما اعتادوه ، اعـتماداً علـى إطلاق الموكل، لأن العرف هنا يخصص هذا الإطلاق ، فيسمى عرفاً عاماً مخصصاً.

ثانياً: العرف القولى:-

وأما العرف القولى: فهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه فى معنى مخصوص، حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه، وهذا العرف يسمى عند فقهاء الحنفية والشافعية، عرفاً مخصصـاً مثال ذلك: لو قال شخص لآخر فى مصر اشتر لى سـيارة بخمسـة آلاف ، فإنـه يلزم الوكيل أن يشترى بالجنية المصـرى، لأنـه المـتعارف هنا عند الإطلاق ، وليس له أن يشترى بعملة بلد آخر من الأقطار العربية أو الأوربية(1).

(د) من فروع القاعدة:

(١) أنـه إذا استعان شخص بآخر ، على شراء عقار، أو منقول ، وبعد وقوع البيع والشراء ، طلب أجرة، فينظر إلى تعامل أهل السوق ، فإذا كان معتاداً فى مثل هذه الحال، استحق أجرة المثل.

(٢) ويحكم بوقف الكتب الشرعية والعلمية والمصاحف الشريفة، ويكون الوقـف صحيحاً، إذا تعورف فى بلدة وقف المنقول ، مع أن وقف المنقول فى الأصل غير صحيح.

---

(١) مجلـة الأحكام مادة (٣٧) ، المدخل فقرة (٦٠٥) قواعد ابن رجب ص١٢١ وما بعدها ، الوجيز ص١٦٨.

المطلب الرابع

فى قاعدتى : " إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"(١).

"العبرة للغالب الشائع لا للنادر"(٢).

هاتـــان القاعدتـــان تعبران عن بعض شرائط العرف، ومن ثم فلكى يعتبر العرف صحيحاً اشترط فيه ثلاثة شروط:-

الأول: الاطراد . الثانى : للغلبة. الثالث : الشيوع.

وهذا على سبيل الإجمال، وإليك البيان والتفصيل.

(أ) مفهوم القاعدتين:-

(١) معنى اطراد العرف :

المـــراد من اطراد العرف، أن يكون العمل به مستمراً ، بحيث لا يتخلف فى جميع الأوقات ، والحوادث، وقد يعبر عن الاطـــراد بـــالعموم، وإذا كانت العادة مطردة، ترتبت الأحكام الشرعية عليها، ولم يعتريها تخلف ، ولا رجوع ، ومن ثم فإن اضـــطربت العـــادة ، فـــلا تعتبر محكمة ، والاضطراب: هو الاخـــتلاف ، فـــبعض الـــناس لهم عادات والبعض الآخر لهم عادات أخرى، وبناء على ذلك فإن العادة إذا اضطردت ، فليس علينا أن ننص عليها عند التعامل ، أما إذا اضطربت، فلابد من

---

(١) الأشباه للسيوطى ص١٠١.

(٢) مجلة الأحكام مادة٤١-٤٢-المدخل الفقهى فقرة٦٠٦، ٦٠٧ ،جـــ١ ص٨٧

النص على ذلك، ففى حالة الاطراد يترتب الحكم على العادة ، وفى حالة الاضطراب فلا يترتب الحكم عليها[1].

والعـــادة المطـــردة فى ناحية تترك منزلة الشرط، كما تنزل منزلة صريح الأقوال فى النطق بالأمر المتعارف.

(٢) معنى غلبة العادة:-

وأما الغلبة فمعناها: أن يكون العمل بالعرف كثيراً ، ولا يـــتخلف إلا قلـــيلاً، ومن ثم فتنزل الأحكام على ما عليه أغلب الـــناس، مـــثال ذلـــك، أن التوكيل فى البيع المطلق يتقيد بثمن المـــثل، وغالـــب نقد البلد الذى فيه البيع ، تنزيلاً للغلبة منزلة النطق به صريحاً[2].

فلو اضطربت العادة فى البلد ، وجب البيان ، وإلا بطل البيع ، فالمراد من الغلبة هنا أن يكون جريان أهله حاصلاً فى أكثر الحوادث، أو عند أغلب الناس.

(٣) معنى شيوع العادة:-

والمراد من الشيوع هنا هو اشتهار العمل بذلك العرف ، وانتشاره بين الناس، وإذا كان العرف الخاص لا اعتداد به فى الأصـــح فـــى تخصيص النص أو الأثر ، فأولى بذلك العرف الـــنادر استعماله وأما إذا تساوى عمل الناس وعدمه بالعادة أو العـــرف، فيســـمى حينئذ عرفاً مشتركاً ، والعرف المشترك لا

---

(١) المراجع السابقة.

(٢) قواعد الأحكام حـــ٢ ص١٢٦.

يصلح دليلاً ومستنداً للرجوع إليه فى تحديد الحقوق والواجبات المطلقة. مثال العرف المشترك: إذا جرى عرف فى البلد الذى حـدث فـيه الزواج ، بأن جهاز الأب لا بنته من ما له يعتبر عارية ، ووجد عرف آخر بأنه يعتبر هدية، وتساوى العرفان ، فقـام الأب بتجهـيز ابنـته من ماله ، وزفت بهذا الجهاز إلى زوجهـا ، ثم حدث نزاع بينهما ، واختلفا فى أن الجهاز عارية أو هديـة ، فـادعى الأب أنه عارية ليتسنى له الرجوع عليها، واسترداده منها، وطالبها برده إليه وأنكرت هى ذلك ، وأدعت أنـه هبه وتمليك ، حتى لا يملك حق الرجوع عليها ، لأن من موانـع الـرجوع فى الهبة القرابة المحرمية، ولم يكن لأحدهما بينة على دعواه ، لم يصلح هذا العرف المشترك دليلاً مرجحاً لدعـوى أحـد الخصـمين لـتعارض العرفين حيث لا مرجح لأحدهمـا علـى الآخـر لتساويهما ، وحينئذ يكون القول للأب بيمينه ، فيحكم له بدعواه. أما إذا كان أحد العرفين غالباً ، عمل بـه، ولم يلتفت إلى الآخر، ويكون القول لمن يشهد له العرف الغالـب بيميـنه فـيحكم له بدعواه ، إذ لا تعارض حينئذ بين العرفيـن لعـدم تساويهما ، وترجح أحدهما على الآخر فيعمل به(1).

---

(1) أثر العرف في التشريع الإسلامي للدكتور/ سيد صالح ص١٩٤.

والجـــواب: أن العـــرف العام ، له مجاله ، وموضعه ، المعتبر فيه ، والعرف الخاص له مجاله وموضعه المعتبر فيه. والدلـــيل علـــى اعتبار العرف الخاص، أن الفقهاء قالوا: فيما يدخـــل فى بيع الدور تبعاً ، وما لا يدخل :إن السلم المنفصل لا يدخـــل فـــى بيع البيت إلا فى عرف أهل القاهرة ، لأن بيوتهم طـــبقات لا ينتفع بها إلا به. والعادة المطردة فى ناحية أو بلد ، تـــنزل مـــنزلة العرف العام ، فيعتبر كذلك فى شأن أهله الذين تعارفوه ، وذلك إذا اشتهر ولم يضطرب[1].

(ب) من فروع القاعدة:-

بـــاع شـــيئاً بنقود وأطلق – نزل على النقد الغالب فلو اضطربت العادة فى البلد وجب البيان، وإلا يبطل البيع. وبيان ذلك، أن من باع شيئاً بنقود وأطلق أى لم يقل إن النقود مصرية أو ســـعودية أو نحو ذلك ، ففى هذه الحالة ينصرف العقد على الـــنقد الغالب فى البلد ، لأن العرف الجارى هو التعامل بالنقد الغالـــب. فإن قال: أريدها غير المتعارف عليه ، لا يجاب إلى طلـــبه ، لأن العملة التى تعاملت معك بها فى الذهن هى الغالبة فى البلد، وهى المتعارفة عرفاً.

أما إذا اضطربت العادة فى البلد، ففى هذه الحالة لابد من النص

(١) غمز عيون البصائر للحموى جـــ١ ص٢٩٩ وما بعدها ، الفوائد الجنية جـــ١ ص٣٠٠-٣٠١ .

فـيقول: بعتك هذا بجنيهات مصرية، أو ريالات سعودية . وإلا بطـل البـيع لاختلال الشرط، وهو أن الثمن ليس معلوماً قدراً وجنساً وصفة.

(٢) ومـنها: غلبت المعاملة بجنس من العروض أو نوع منه . انصرف الثمن إليه عند الإطلاق كالنقد.

وبـيان ذلـك، أن العـروض: جمع عرض وهو ما ليس نقد . مثال: إذا جرى التعامل فى بلد من البلاد بنوع العروض الغالب انصرف الثمن إليه عند الإطلاق بيعاً وشراء وإجارة وغيرها . فلـو قـال: استأجرت منك الشقة بإردب وأطلق، وكان التعامل بـالقمح المصـرى أو نـوع منه انصرف إليه، أما إذا وجدت عروض أخرى فلابد من التعيين [١].

(٣) ومـنها: لو باع التاجر فى السوق شيئاً بثمن، ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدراً معلوماً، انصرف إليه بلا بيان، ذلك، لأن المعروف كالمشـروط . ولكن إذا باعه المشترى تولية ولم يبين التقسيط للمشـترى ، هـل يكـون للمشترى الخيار؟ فمنهم من أثبته ، والجمهور على أنه يبيعه مرابحة بلا بيان لكونه حالاً بالعقد[٢].

(٤) العادة فى باب الحيض:

اختلف فيها، فعند الإمام أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله، لا تثبت

---

(١) غمز عيون البصائر جـ١ ص٢٩٩ وما بعدها.

(٢)غمز عيون البصائر جـ١ ص٢٩٩ وما بعدها

العـــادة إلا بمرتين ،وعند الشيخ أبي يوسف ، تثبت العادة بمرة واحدة، وعليه الفتوى.

(٥) تعليم كلب الصيد:

تعلـــيم الكلـــب الصائد يثبت بترك الأكل من الصيد، بأن يصير الترك عادة، وذلك بترك الأكل ثلاث مرات.

(٦) العادة بالإهداء إلى القاضي:

تثبت العادة بالإهداء للقاضي المقتضية للقبول بمرة واحدة[(١)].

(٧) المدارس الموقوفة على درس الحديث:

مـــن الفـــروع المبنية على العرف المستمر، المدارس الموقوفة على درس الحديث، ولا يعلم مراد الواقف فيها، هل يدرس فيها علم الحديث الذى هو معرفة المصطلح، كمختصر ابن الصلاح ونحـــوه، أو يقرأ متن الحديث؟ كالبخارى ، ومسلم، ونحوهما، ويـــتكلم على ما فى الحديث من فقه، وغريب، ولغة، ومشكل، واختلاف، كما هو عرف الناس الآن . وأجاب الحافظ العراقى عن ذلك بقوله: الظاهر إتباع شروط الواقفين، فإنهم ، يختلفون فى الشروط، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد فإن العادة جرت بين علمـــاء مصر فى هذه الأعصار بالجمع بين ما يتناوله الحديث سنداً ومتناً فيقول: حدثنا فلان عن فلان..أن النبى ﷺ قال [إنما الأعمـــال بالنيات] وهذا مما يختلفون فيه فيقول بعضهم: وقفت

---

(١) غمز عيون البصائر جــ١ ص٢٩٩ .

كذا على أهل الحديث دراية، والآخر يقول: وقفت كذا على أهل الحديث رواية.

(٨) رد المقترض أزيد مما اقترض:

ولـــو جـــرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض فهل تنزل عادتـــه منزلة الشرط، فكأنه قال له: أقرضك على أن ترد أكثر فـيحرم إقراضـــه؟ وجهـــان: أصـــحهما لا : وعليه فلا يحرم إقراضـــه ، ورده أكثر إنما هو من باب الإحسان فى القضاء، وقـــد رد رسول الله ﷺ أكثر مما اقترض . وقولهم: كل قرض جـــر نفعاً فهو ربا، محمول على ما إذا كان ذلك مشروطاً فى العقد، فإن شرط ذلك فى العقد فهو ربا . ومقابل الأصح يقول: تنزل العادة منزلة الشرط، وعليه فيحرم إقراضه.

(٩) بيع العينة:

لو اعتاد الناس بيع العينة وهى: أن يبيع الرجل عقاراً إلى أجل، ثـــم يشتريه فى المجلس بثمن حال أقل، ليسلم به من الربا، فهذا حـــرام إذا اشـــترط البائع على المشترى أن يشتريه منه بثمن معلـــوم، فـــإن لم يكن بينهما شرط فجائز، عند الإمام الشافعى، لوقوع العقد سالماً من المفسدات، ومنعه بعض المتقدمين وكان يقول: العينة هى أخت الربا . فلو باعه المشترى من غير بائعه فـــى المجلس فهو بيع عينه أيضاً، ولكنها جائزة باتفاق، ونهى النبى ﷺ عن العينة، محمول على أمرين:

الأول: أن العادة تنزل منزلة الشرط ، فيحرم بيع العينة، وهو

الرأى المختار.

الثانى: لا حرمة فى بيع العينة، لوقوع العقد سالماً من المفسدات، ولعدم تحقق الحديث المقتضى للنهى عندهم وعليه، فالعادة غير منزلة منزلة الشرط.

إطراد العادة بالأمان:

إذا اطردت العادة بالأمان عند المبارزة فهل تكون كالشرط؟ فلو بارز كافر مسلماً، وكانت العادة مطَّردة بالأمان، فالأصح: لا يجوز لمسلم قتله إعانة للمسلم، وذلك لأن العادة محكمة، قتله يعتبر خيانة، وإهداراً للأمانة وهو غير لائق بالمسلمين، ومقابل الأصح بقول: لا فهذه الصورة مستثناة من القاعدة وهى قولهم" المعروف عرفاً، كالمشروط شرطاً"[(١)].

(١) المراجع والمواضع السابقة.

المطلب الخامس

فى تعارض العرف مع الشرع

المعارضة: لغة: هى المقابلة على سبيل الممانعة.

واصـــطلاحاً: هى إقامة الدليل، على خلاف ما أقام الدليل عليه الخصـــم(١) والعرف: ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقـــته الطبائع بالقبول(٢) والشرع فى اللغة: عبارة عن البيان والإظهـــار، يقـــال شـــرع الله كذا، أى جعله طريقاً ومذهباً . والشـــريعة: هى الائتمار بالتزام العبودية، أو هى: الطريق فى الديـــن(٣) والشرع: الطريق، وهو ما شرعه الله تعالى، والشرع فى كلام الفقهاء هو ما كان مستفاداً من كلام الشارع، بأن أخذ من القرآن أو السنة(٤).

متى يكون العرف معتبراً؟

العرف لا يكون معتبراً فى التشريع، إذا خالف النص الشرعى ومن ثم، كان من شروط اعتبار العرف فى التشريع، ألا يخالف نصـــاً شرعياً ، ومعنى عدم مخالفة العرف للنص الشرعى ألا يكـــون مـــا تعـــارف علـــيه الـــناس مخالفاً، للأحكام الشرعية المنصوص عليها، فإن كان العرف مخالفاً، فلا اعتبار له، مثال

---

(١) التعريفات للجرجانى ص٢٨١ .

(٢) التعريفات ص١٩٣ .

(٣) المرجع السابق ص١٦٧ .

(٤) القاموس الفقهى ص١٩٣ .

ذلـــك، كمـــا لـــو تعارف الناس شرب الخمر، ولعب الميسر، وخـــروج النساء كاشفات عن بعض أجسامهن، مما يجب ستره شـــرعاً، وغـــير ذلك، فإن هذا العرف غير معتبر، فيحكم عليه بالبطلان، وعدم الاعتبار لمخالفته للنص الشرعي[1].

قـــال السرخســـي: وكـــل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتـــبر[2] وهـــذا إذا كان العرف مبطلاً للحكم الشرعي من كل الوجوه.

حكم العرف المخالف للنص من بعض الوجوه:

إذا كـــان العـــرف يخالف النص في بعض الوجوه، فإن العـــرف في هذه الحالة يخصص النص، إذا كان النص عاماً، ويقيد العرف، النص إذا كان مطلقاً، وليس في هذا ترك للنص، بـــل فيه إعمال لهما – العرف والنص– بقدر الإمكان، فيحمل الـــنص علـــى حالة خاصة، ويعمل بالعرف فيما عداهما، وإن خـــالف العرف القياس، لأن العرف مقدم على القياس، ورعايته أولى.

مثال توضيحي:

وهـــو أن النـــبي ﷺ نهـــى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ولا يملكه، وجاء ذلك في قوله ﷺ لحكيم بن حزام [لا تبع ما ليس

---

(١) أثر العرف مرجع سابق ص٢٠٥، ٢٠٦ بتصرف.

(٢) المبسوط جـــ١٠ ص١٩٦ .

عــندك] [1] فــإن هــذا النص عام، ومع ذلك قال الفقهاء يجوز الاستصـــناع للتعامل الجارى به، بين الناس، من عهد الصحابة والتابعيــن وغــيرهم مــن غير نكير، مع أن النص يشمله، إذ يصــدق على الاستصناع، أنه بيع ما ليس عند الإنسان، فيكون منهــياً بالنص، ولكن لم يلزم منه إبطال النص والقضاء عليه، بــل عمل بالنص والعرف معاً، فعمل بالعرف فى الاستصناع، وبالــنص فيما عدا الاستصناع،ومن ثم فلم يترك النص بالعرف كلياً[2].

ولكــن إذا لــم يكن العرف متعارضاً مع النص من كل الوجوه وأمكــن العمــل بكل منهما فأيهما يقدم؟ وفى الجواب تفصيل، وبيانه فيما يلى:

أولاً: تعارض العرف مع الشرع ولم يتعلق به حكم.

إذا تعــارض العــرف مــع الشــرع، ولم يتعلق بالشرع حكم وتكليف، قدم عرف الاستعمال على الدليل الشرعى .

وأمثلة ذلك ما يلى:

(١) لو حلف شخص، أنه لا يأكل لحماً، لم يحنث بأكل السمك، وإن كــان الله قــد سماه لحماً فى قوله تعالى ﴿ وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْماً طَرِيّاً ﴾ [3] وذلك لأن الشارع حين سماه

(١) تلخيص الحبير جــ٣ ص٥ .

(٢) رسائل ابن عابدين جــ٢ ص١٢٩ .

(٣) من الآية رقم (١٤) من سورة النحل .

لحمـــاً، لم يتعلق بالتسمية حكم، فالتسمية هنا عارية عن الحكم، والعـــرف لا يســـمى السمك لحماً، فالعرف حينئذ متعارض مع تسمية القرآن، السمك لحماً، فيقدم العرف حينئذ ، فلا يحنث.

(٢) ولـــو حلـــف لا يجلـــس على بساط، أو تحت سقف أو فى ضـــوء سراج..لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن سماها الله بســـاطاً فى قوله تعالى ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ بِسَاطاً ﴾ [١] ولم يحنـــث بـــالجلوس فى الشمس، وإن سماها الله سراجاً فى قوله تعـــالى ﴿ وَجَعَلَ الْقَمَرَ فِيهِنَّ نُوراً وَجَعَلَ الشَّمْسَ سِرَاجاً ﴾ [٢] ولم يحنث بجلوسه تحت سقف السماء ، وإن سماها الله تعالى سقفاً فى قوله تعالى ﴿ وَجَعَلْنَا السَّمَاءَ سَقْفاً مَحْفُوظاً ﴾ [٣] فالعرف أيضاً متعارض مع تسمية القرآن، فمن ثم يقدم العرف، فلا يحنث.

(٣) ولـــو حلف إنسان أنه لا يضع رأسه على وتد، لم يحنث بوضـــعها على جبل، وإن كان الله سبحانه قد سمى الجبال أوتـــادا فـــى قوله تعالى ﴿ وَالْجِبَالَ أَوْتَاداً ﴾ [٤]، لأن الشرع حيـــنما سمى الجبل وتدا، لم يعلق بالتسمية حكماً، فالتسمية عاريـــة عن الحكم. والعرف لا يسمى الجبال أوتاداً ، فيقدم العرف فى كل ذلك لأن التسمية، استعملت فى الشرع، ولم

---

(١) من الآية رقم (١٩) من سورة نوح .

(٢) من الآية رقم (١٦) من سورة نوح .

(٣) من الآية رقم (٣٢) من سورة الأنبياء.

(٤) من الآية رقم (٧) من سورة النبأ.

يتعلق بها حكم، وتكليف، ومن ثم ندرك أن العادة محكمة.

ثانياً: تعارض العرف مع الشرع، وتعلق به حكم:-

أمـــا لـــو تعارض العرف، مع الشرع، وتعلّق به حكم، فيقدم الشرع ، على عرف الاستعمال.

مثال ذلك:-

(١) إذا قـــال شخص، والله لا أنكح ، وعقد ووطأ ، فيكون حانـــثاً ، والحنث مترتب على العقد ، لأن النكاح حقيقة شـــرعية فـــيه، ولا يحنث بالوطء لأنه مجازاً فيه عند الشافعية، وأما الحنفية ، فالنكاح عندهم حقيقة فى الوطء ، مجازاً فى العقد ، فمن ثم، يكون الحكم عندهم بعكس الشافعية ، وهذا فى غير المتزوج ، أما المتزوج فيحمل كلامه على الوطء.

(٢) وكذلـــك لـــو حلـــف شخص، لا يصلى ، لم يحنث إلا بالصـــلاة ، ذات الركوع والسجود ، لأن الصلاة تحمل علـــى المعنى الشرعى، وهو عبارة عن أقوال وأفعال مفتتحة بالتكبير ، مختتمة بالتسليم ، بشرائط مخصوصة وذلـــك لأنه تعلق بالصلاة حكم شرعى، وهو أن الله قد فـــرض خمـــس صلوات ، فلا يحنث إلا بذات الركوع والســـجود ، فلـــو صـــلى صـــلاة الجنازة ، أو صلاة النصارى لم يحنث كما لم يحنث بمطلق الإمساك ، فيما لـــو حلف لا يصوم بل يحنث بحقيقة الصوم الشرعية،

وهـــى الإمساك عن الطعام والشراب من طلوع الفجر، إلى غروب الشمس ، لأن الصوم تعلق به حكم شرعى فلا يحنث إلا به.

(٣) ومن ذلك لو قال لزوجته: إن رأيت الهلال فأنت طالق ، فرآه غيرها، وعلمت به، طلقت حملاً له على الشرع ، فإن الرؤية فيه: بمعنى العلم لقوله -ﷺ-[إذا رأيتموه فصوموا] [1]، أى الهلال ، وذلك لأن الرؤية فى الشرع علمـــية، بمعـــنى العلـــم، وليست بصرية، فيقدم عرف الشرع، لأن هذا هو المعتبر.

ثالثاً: تعارض العرف مع الشرع فى العموم والخصوص:-

وإذا كـــان اللفـــظ فـــى العرف ، يقتضى العموم ، وفى الشرع يقتضى الخصوص ، اعتبر خصوص الشرع.

مثال ذلك:-

(١) لـــو حلف لا يأكل لحما، لم يحنث بأكل الميتة، فمدلول اللحـــم عـــام ، يتناول كل لحم، أكل أو لم يؤكل. ولكن الشـــرع يخصصـــه بالمأكول ، لأن المذكى يحل أكله، بخـــلاف غير المذكى ، فيخصص الشرع عموم اللفظ، ويقدم على العرف اللغوى.

(٢) ولـــو أوصى لأقاربه، لم يدخل ورثته عملاً بتخصيص

---

(١) نيل الأوطار حـــ٤ ص٢١٢ ، الفوائد الجنية حـــ١ ص٢٩٣-٢٩٤.

الشرع ، إذ لا وصية لوارث ، فيخصص الشرع عموم اللفـظ، ويقـدم مدلول الشرع على العرف اللغوى، فلا يسـتحق القريب من الوصية شيئاً ، لما روى عن أبى أمامـة قال : " سمعت رسول الله -ﷺ- يقول " إن الله اعطـى كل ذى حق حقه ، فلا وصية لوارث"[1].ووجه الدلالـة أن الوصـية لـوارث، لا تصح أصلاً ، وهو الظاهـر لأن النفى يتوجه إلى الذات وهو الصحة، ولا يصح أن يتوجه إلى الكمال ، الذى هو أبعد المجازين.

وقـد قيل: إن آية الوصية للوالدين والأقربين أعم من أن يكونوا وارثين، أولاً، فكانت الوصية ، واجبة لجميعهم، وخص منها الوارث بآية الفرائض وبأحاديث الوصية ، وبقى حق من لا يرث من الأقربين من الوصية على حالة[2].

---

(١) نيل الأوطار حـ٦ ص٤٦ ، غمز عيون البصائر حـ١ص٣٠٢.

(٢)نيل الأوطار حـ٦ ص٤٦ وما بعدها.

المطلب السادس

فى " تعارض العرف مع اللغة ، والعام والخاص"

أولاً: تعارض العرف مع اللغة:-

إذا تعارض العرف مع اللغة ، فأيهما يقدم؟

والجواب أن ثمة رأيين فى المقدم ، بيانهما كالتالى:-

الرأى الأول: للقاضى حسين:-

ذهـب القاضـى حسين إلى القول : بأن الحقيقة اللفظية، تقدم عمـلاً ، بالوضـع اللغوى، على العرف، إذ الأصل فى الكلام الحقـيقة ، ومتى أمكن العمل بالحقيقة ، سقط العمل بالمجاز ، لكون المجاز خلفاً عن الحقيقة (١).

والحقـيقة اللغوية، هى وضع اللفظ بإزاء المعنى، ولأن الأوضاع اللغوية معتبرة شرعاً فى استنباط الأحكام من الأدلة.

الرأى الثانى : للبغوى:

وذهـب البغوى إلى القول : بأن الدلالة العرفية، الآتية مـن جهة العرف، تقدم على الحقيقة اللغوية لأن العرف يحكم فى التصرفات ، من بيع وشراء، ونفقات، وغير ذلك مما يدور بيـن الناس من معاملات وعلى وجه الخصوص فى الأيمان ، فـإذا قـال الزوج لزوجته: أنت طالق. وقال : أردت من وثاق فـإن الطلاق بمعنى الإطلاق ، وهو حقيقة لغوية فى الحل من

---

(١) شرح المنار ص١٠٨ ، مشكاة الأنوار ص١١٧.

وثـــاق أو غـــيره ، وقد أصبح هذا اللفظ حقيقة عرفية فى حل عصـــمة الـــنكاح ، مجـــازاً فى حل الوثاق، وحمل اللفظ على حقيقـــته العرفـــية أولى من المجاز، ومن ثم فالحقيقة العرفية ، مقدمة على الوضع اللغوى أو عرف اللغة(١).

علة تقديم الحقيقة العرفية على الحقيقة اللغوية:

وإنما تركت الحقيقة اللغوية ، بدلالة العرف والعادة؛ لأن الكلام موضـــوع للإفهام ، فإذا كان مستعملاً لشيئ عرفاً ، ونقل عن معناه اللغوى، فهذه العادة أى عادة الاستعمال ، رجحت إرادته ، فيـــترك معـــناه الحقيقى(٢)، ومثل ذلك النذور ، فإن من نذر المشـــى إلـــى بيـــت الله الحرام ، فإنه يلزمه حجة ، أو عمرة. ويظهر ذلك واضحاً فى الألفاظ المفردة : فإن لفظ الدابة يطلق علـــى كـــل ما يدب على الأرض ، وأريد به فى العرف ذوات الأربع.

محل تقديم العرف على اللغة:

والقـــول بتقديم العرف على اللغة، أو العكس، أى تقديم الحقـــيقة اللغوية ، على الحقيقة العرفية ، هذا القول: إنما يكون حيـــث لا توجد النية أى عند عدم وجود النية، فإن وجدت النية

---

(١) حاشية الكنوى على كشف الأسرار للنسفى حـــ١ ص١٨٢، الفروق حـــ١ ص١٧١.

(٢) أثـــر العـــرف فى التشـــريع الإسلامي للدكتور / سيد صالح ص٧٥ الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٤.

عمـــل بها[1]، وهذا القول أيضاً يوجد بشرط تبادر المعنى عند الإطـــلاق ، فـــإذا تبادر المعنى العرفى قدم، وإذا تبادر المعنى اللغوى قدم.

إيضاح :

التعارض معناه التناقض، والتنافى ، والاختلاف ومعنى تعارض العرف مع اللغة، أن العرف يعطى حكماً واللغة تعطى حكمـــاً ، فأيهمـــا يقدم وتترتب عليه الأحكام الشرعية. ومعنى الوضع اللغوى. هو تعيين اللفظ بازاء المعنى. واللغة: هى بيان المعـــانى عـــند اللغويين. فلفظ القرء ، يراد به الحيض مرة ، والطهر مرة أخرى، فاللغة هى التى بينت المعنيين[2].

معنى سيما:

وســـيما اسم بمعنى مثل، وهى تقتضى تفضيل ما بعدها علـــى مـــا قبلها ، بشرط أن تقترن بلا، وإذا حذفت ، لا ، دلت علـــى التســـوية ، والمراد بالنطق بها فى هذا المقام أن ارتباط العرف بالأيمان أكثر من ارتباطها باللغة.

من الأمثلة التى تعارض فيها العرف مع اللغة:

(١) لـــو دخل صديق ، دار صديقه، فقدم صاحب الدار طعاماً

---

(١) أثـــر العـــرف فى التشـــريع الإسلامي للدكتور/ سيد صالح ص٧٥ ، الأشباه والنظائر للسيوطى ص١٠٤.

(٢) غمـــز عيون البصائر حـــ١ ص٣٠٢-٣٠٤، الفوائد الجنية حـــ١ ص٢٩٣-٣٠٣

لصديقه ، فامتنع الصديق عن الأكل ، فقال صاحب الدار إن لم تــأكل فامرأتى طالق، فخرج الصديق من الدار ولم يأكل. فعلى الوجــه الأول، وهو تقديم الدلالة اللغوية ، على الدلالة العرفية، لا يحنــث ، لأن، إن، مع النفى وهو، لم، لا تقتضى الفورية ، ومن ثم فلو حضر الصديق غداً ، أو بعد غد، وأكل من الطعام لا يحنث ، لأنه بحسب اللغة قد تحقق المحلوف عليه، لأن ، إن ، لا دلالة لها على الزمان أبداً ، مثل : إن حضر زيد أكرمته.

وعلـــى الوجـــه الثانى: وهو تقديم الدلالة العرفية على الدلالـــة اللغوية ، يحنث ، لأنه لم يأكل على الفور. أما إذا قال الصـــديق لصـــديقه، إذا لم تأكل فامرأتى طالق. فإذا طرف لما يستقبل من الزمان ، فكأنه قال: إذا مضى وقت من الأوقات ولم تــأكل فزوجتى طالق، فمضى وقت ، فتطلق لغة وعرفاً ، لأن إذا مـــع الـــنفى تفيد الفورية[1]، والأيمان مبنية على العرف، لا على الحقائق اللغوية.

(٢) لـــو حلف لا يأكل الخبز ، حنث بما يعتاده أهل بلده ، ففى القاهـــرة ، لا يحنـــث إلا بأكل البر، ولو أكل الحالف ، خلاف خـــبز الـــبر، لا يحنـــث ولا يحنث الحالف بأكل القطائف ، إلا بالنـــية، وهـــذا عند فقها ء الحنفية ، والمالكية ، فإنهم يقدمون العـــرف فـــى الأيمـــان مطلقـــاً ، وهذا هو المعقول، والأقرب

(١) الفوائد الجنية حـــ١ ص٣٠٤ وما بعدها.

للصواب، لأن الحالف ، حلف ، وفى نيته نوع معين من الخبز ، وهـو المعتاد بين الناس وجرت العادة به بينهم، لا مطلق خبز كمـا هـو المدلول اللغوى. خلافاً للشافعية، حيث يقولون: إن الحـالف يحنـث مطلقاً ، وإن كان عند قوم لا يتعارفون ذلك، اعتباراً بالإطلاق والاستعمال اللغوى لأن كلمة خبز تطلق على كل مخبوز فرجح هنا جانب اللغة على جانب العرف.

(٣) إذا حلـف شخص لا يسكن بيتاً ، فإن كان بدوياً حنث بسـكناه المبنى وغيره كالخيام، لأن غير المبنى يسمى بيـتاً عـندهم، فقـد تظاهر فيه العرف واللغة ، لأنهم يسمونه بيتاً ، فالعرف قوى اللغة، واللغة قوت العرف. وإن كان من أهل القرى ، فوجهان: فلو اعتبرنا العرف لـم يحنـث ، لأن غـير المبنى لا يسمى بيتاً عند أهل القـرى ، وإن سـمى بيـتاً فى اللغة، والأصح الحنث ترجيحاً للغة على العرف ، وهذا عند عدم وجود النية ، أما إذا وجدت فهى التى تحكم.

(٤) ولو تزوج بأربع وقال : زوجتى طالق، لم تطلق سائر زوجاتـه ، عملاً بالعرف ، لأن العرف يطلق الزوجه علـى الواحـدة فقط، وإن كان وضع اللغة يقتضى أن الطـلاق يكون على الأربع ، لأن الزوجة اسم جنس ، وأسـم الجـنس إذا أضيف صار عاماً، فمقتضى اللغة تطلـق سائر زوجاته الأربع ، ولكنه يقدم العرف حينئذ

علـــى الوضع اللغوى ، ومع ذلك فإننا نقول لمن صدر مـــنه هـــذا الطـــلاق ، يحرم عليك إتيان أى واحدة من زوجـــاتك ، حـــتى تعيـــن واحدة منهن، لأن كل واحدة تصـــلح أن تكون مطلقة، فإن كانت إحداهن فى نفسه ، طلقـــت حســـب نيـــته وإلا ذهبن إلى المفتى ، فيطالبه بالتعيين.

تعارض الحقيقة المستعملة ، والمجاز المتعارف

المجـــاز المـــتعارف: هـــو اللفظ المستعمل فى المعنى المجـــازى أكثر من استعماله فى المعنى الحقيقى ، وكان غالباً فى الاستعمال، ومتبادراً إلى الفهم.

والحقـــيقة المستعملة ترجح على المجاز المتعارف لأنها الأصـــل ، والأصـــل لا يـــترك إلا لضرورة ولا ضرورة ، فالحقيقة ترجحت لكونها حقيقة، وكونها مستعملة ، أما المجاز فهـــو فرع الحقيقة ومرجوح والمرجوح لا يقدم على الراجح. خلافـــاً لجمهور أهل العلم حيث ذهبوا إلى القول: بأن المجاز المـــتعارف أولـــى فى الاستعمال من الحقيقة لسبقه على الفهم وبسبب التعامل والتفاهم به بين الناس وتبادره رجح استعماله، علـــى الحقـــيقة التى صارت بمنزلة المهجورة ، وقام المجاز مقامها. وهذا هو الحق لأن الظهور والتعارف هو المكلف به، وعلـــيه ، فلـــو حلف لا يأكل من هذه الحنطة ، فإنه يقع على عيـــنها عند الإمام أبى حنيفة، لأن حقيقته المستعملة أكل عينها

فلا يحنث بأكل خبزها. وقال الجمهور : ينصرف إلى ما يتخذ مـــن الحنطة كالخبز ونحوه ، وهو ما تضمنته الحنطة ، وهو المجـــاز المتعارف فى أصلها. ومحل الخلاف عند عدم وجود نية الحالف ، وإلا فهو على ما نوى من حقيقة أو مجاز[1].

ثانياً: تعارض العرف العام والخاص:

تعريف العرف العام:

العـــرف العـــام هو: ما تعارفه عامة الناس، سواء كان قولـــياً أم فعلياً ، وقد يكون ذلك على فعل شيئ أو تركه. ومن ثـــم فالعرف العام أو العادة الفعلية العامة، معناه غلبة صدور فعـــل دون غيره من عموم الناس، أو من غالبهم ، وهو يقابل العرف الخاص، مثل لفظ الدابة ، فإنها فى أصل وضعها العام بـــذوات الأربـــع: كالفرس والحمار مما يركب عادة ، ويحمل علـــيه ، وشاع هذا الاستعمال حتى صار حقيقة عرفية لا يراد غيرها عند الإطلاق.

تعريف العرف الخاص:-

وأمـــا العرف الخاص فهو ما تعارف عليه أهل العلوم، وأربـــاب الحرف والصناعات لبعض الألفاظ بحيث يفهم منها عند الإطلاق هذه المعانى الاصطلاحية ، دون المعانى اللغوية لـــتلك الألفاظ لجريانها فى استعمالهم وتخاطبهم ، ولا يلتفتون

---

(١) الأشـــباه لابـــن نجيم ص٤٨، كشف الأسرار جـــ٢ ص٩٨، شرح التنقيح للقرافى ص٨٠.

إلا إلـــى هـــذه المعانى الاصطلاحية ، وأصبح اللفظ حقيقة فى المعنى العرفى ، كإطلاق لفظ الدابة على الحمار فى مصر ، أو علـــى الفرس فى العراق، بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره، فهذا من قبيل الحقيقة العرفية الخاصة. وقد تكون العادة خاصة بـــبعض الفـــرق ، كالأذان للإسلام ، والناقوس للنصارى فهذه يقضى بها عندنا. وبناء على ذلك ، فإذا تعارض عرفان، وكان أحدهمـــا عاماً سائداً فى المنطقة كلها والآخر خاصاً ببلدة من البلاد فأيهما يقدم؟.

والجـــواب : أنه إذا كان العرف الخاص محصوراً ، أو يمكن الإحاطة به ، فلا يؤثر فى الحكم، ويعتبر العرف العام.

وأما إذا كان العرف الخاص غير محصور ، ولا يمكن الإحاطـــة به علماً لعتبر العرف الخاص وأثر فى الحكم، فلو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلاً ومواشيهم نهاراً فهذه العادة تـــنزل منزلة العرف العام، وتترتب الأحكام عليها فى الأصح. فـــإن انطلقـــت الـــدواب وأكلت من الزرع حكمنا العرف فى الضمان وعدمه. فإن أكلت فى وقت يجب على صاحب الزرع أن يحفظ زرعه فلا ضمان لأنه المقصر والعكس صحيح[1].

---

(١) الأشباه للسيوطى ص١٠٦، وابن نجيم ص١٠١.

المطلب السابع

فى " العرف الذى تحمل عليه الألفاظ وما يتعلق به"

....

العــرف الــذى تحمــل عليه الألفاظ ، إنما هو العرف المقارن السابق ، دون المتأخر[1].

ولذلك قالوا: لا عبرة بالعرف الطارئ[2].

معنى القاعدة:-

العرف السابق لوقت اللفظ، واستقر حتى صار فى وقت الملفوظ به، وأما العرف المقارن الطارئ فلا أثر له ، ولا ينزل عليه اللفظ السابق ومعنى ذلك أن الأعراف التى تحكم ، وتحمل علــيها الألفاظ تنزل على العرف الموجود وقت التعامل ، ولا يكــون العــرف مقارنــاً إلا إذا كــان يسبقه عرف أما العرف الطــارئ فــلا يحكــم ، والمــراد بالعرف السابق هو العرف الموجود وقت التعامل ، ليس ما اندثر ، وأصبح منسياً.

وهــذه القاعدة تعبر عن شرط آخر من شروط اعتبار العرف، وهــو كونــه سابقاً للحكم، لا تالياً له، فلا يجوز أن يحمل حكم حدث قبلاً على عرف حدث متأخراً، لأن النصوص التشريعية يجــب أن تفهــم مدلولاتها اللغوية والعرفية فى عصر صدور

(١) غمز عيون البصائر حـــ١ ص٣١١.

(٢)

النص، لأنها هى مراد الشارع، أو العاقد، ولا اعتبار بتبدل مفاهيم اللفظ فى الأعراف المتأخرة، ومن ثم فلو حدث أو طرأ عرف بعد إنشاء التصرف، فلا عبرة به، ولا يقضى به على تصرف سبق، ولا على الذين لم يتعارفوه، لأننا لو ألزمنا إنساناً بما جرى به عرف غير قائم وقت التصرف لألزمناه بما لم يلتزم . ولهذا صرح الفقهاء بأن العرف المعتبر، هو عرف الزمن والبلد الذى يوجد فيه التصرف، فتجرى الألفاظ والعقود فى كل بلدة على عادة أهلها ويراد منها ذلك المعتاد من بينهم، ويعاملون بما يقتضيه ذلك من صحة، وفساد، وتحريم وتحليل، وغير ذلك، لأن المتكلم، إنما يتكلم على عرفه وعادته، ويقصد ذلك بكلامه(١).

قال ابن القيم: وإياك أن تهمل قصد المتكلم ونيته وعرفه، فتجنى على الشريعة، وتنسب إليها ما هى بريئة منه، وتلزم الحالف، والناذر ، والعاقد ما لم يلزمه الله ورسوله به(٢).

(ب) فروع القاعدة:

ومن الفروع الفقهية التى ذكرها الفقهاء فى هذا الصدد ما يلى:-

(١) ما يدخل فى البيع تبعاً وما لا يدخل.

(٢) وما يعد عيباً فى المبيع ، وما لا يعد.

---

(١) رسالة عقود رسم المفتى حـ١ ص٤٨.

(٢) أعلام الموقعين حـ٣ ص٦٨، الموافقات حـ٢ ص٢٩٧-٢٩٨.

(٣) وتعجيل المهر أو تأجيله فى النكاح.

ففى الفروع الفقهية السابقة، يكون العرف القائم وقت التصرف هو المحكم، دون غيره من السابق له أو اللاحق عليه.

مثال توضيحى : لفظ فى سبيل الله ، ولفظ ابن السبيل، من آية مصارف الزكاة ، لهما معنى عرف إذ ذاك على أنه مصالح الجهاد الشرعى ، أو سبل الخيرات فى الأول، ومن ينقطع من الناس فى السفر فى الثانى، فلو تبدل عرف الناس فى شيئ من هذه التعابير، فأصبح فى سبيل الله مثلاً ، معناه طلب العلم خاصة ، وابن السبيل الطفل اللقيط ، فإن النص الشرعى يبقى محمولاً على معناه العرفى الأول عند صدوره، ومحمولاً فى حدود ذلك المعنى لا غير ، ولا عبرة للمعانى العرفية ، أو الاصطلاحية الطارئة[1]، ومن ثم فالعبرة تكون بالعرف المقارن ، دون المتأخر، لأن انعقاده إنما هو على العرف المقارن لا على الحادث بعده.

مثال آخر: لو كان العرف فى بلدة على بيع رأس الغنم وأكله ، فقال الزوج لزوجته : إن أكلت رأساً فأنت طالق ، ثم تعورف فيها على أكل رأس البقر، فأكلت بعد تبدل العرف رأس البقر قالوا: لا يقع الطلاق ، لأن اليمين

(١) المدخل الفقهى العام ص٦٠٧.

انعقدت على رأس الغنم ، بحسب العرف المقارن، فلا يتغير بالعرف المتأخر.

هل العرف يقيد الإقرار والدعوى ، والعقد؟

(١) الإقرار:-

الإقـــرار: هـــو إخـــبار عن وجوب سابق، وربما يتقدم لوجـــوب على العرف الغالب فى البلد ، فلو اعتبر فيه العرف دائمـــاً ، لأدى إلـــى إبطـــال بعـــض الحقوق ومن ثم فلابد من التفصيل ، مثال ذلك:

لـــو اقر شخص لآخر، بألف جنية غصبها أو سرقها أو استدانها منه ، منذ خمسين سنة ، ولم يبين ، فتحمل على العملة الـــتى كانت سائدة فى ذلك الزمن لا العملة التى يتعارفها الناس اليوم إلا أن يبين.

(٢) الدعوى:- الدعوى ، كالإقرار ، فهى إخبار بما تقدم ، فلا يقيدها العرف المتأخر.

(٣) العقـــد:- بخـــلاف العقد ، فإن العاقد ، باشر العقد للحال ، فقيده العرف[1].

والأيمـــان مبنـــية على العرف لا على الحقائق اللغوية وعليه فروع:-

(١) لـــو حلف لا يأكل الخبز، حنث بما يعتاده أهل بلده ،

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٠١.

ففى القاهرة لا يحنث إلا بأكل البزء، ولو أكل الحالف خــلاف خبز البر لا يحنث. ولا يحنث الحالف بأكل القطائف إلا بالنية.

(٢) لــو حلف لا يدخل بيتاً ، فدخل ضيعة أو كنيسة ، أو بيت نار، أو الكعبة لم يحنث.

المسائل التى خرجت عن بناء الأيمان على العرف:

خرجت عن بناء الإيمان على العرف مسائل:-

الأولــى: حلــف لا يــأكل لحمــاً ، يحنث بأكل لحم الخنزير والآدمــى. والفــتوى على خلافه. وجواب الزيلعى على القول بالحنــث، أنــه عــرف عملى فلا يصلح مقيداً بخلاف العرف اللفظــى ، فقد رده فى فتح القدير بقولهم فى الأصول : الحقيقة تترك بدلالة العادة إذ ليست العادة إلا عرفا عملياً.

الثانــية: حلــف لا يركب حيواناً يحنث بالركوب على الإنسان لتناول اللفظ والعرف العملى ، وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيداً.

الثالثة: لو حلف لا يهدم بيتاً حنث بهدم بيت العنكبوت، بخلاف لا يدخــل بيــتاً ، وفرق الزيلعى بينهما ، بإمكان العمل بحقيقــته فــى الهدم ، بخلاف الدخول ، ولو صح هذا الملــك لم يصح بناء الأيمان على العرف إلا عند تعذر العمل بحقيقته اللغوية.

الــرابعة : حلف لا يأكل لحماً ، حنث بأكل الكبد والكرش على

ما فى الكنز مع أنه لا يسمى لحماً عرفاً ، ولذا قال فـــى المحيط: إنه إنما يحنث على عادة أهل الكوفة، وأما فى عرفنا فلا يحنث لأنه لا يعد لحماً(١).

مسائل قدم فيها العرف على اللغة :-

(١) أوصـــى رجل بأن يعطى لفلان بعيراً من تركته فلا يعطى ناقة على المنصوص. لأن الناقة غير البعير عرفاً.

فالعرف لا يطلق البعير على الناقة. وعلى الثانى وهو قول ابن شريح ، أنه يعطى ناقة ، لأن البعير فى اللغة يطلق على الذكر والأنثى ، وبناء على هذا الرأى نكون قدمنا اللغة على العرف.

والأصـــح هو الثانى. لأن اللغة تطلق البعير على الذكر والأنثى، وإعمال الكلام أولى من إهماله ، وفضلاً عن ذلك أن يســـاعد علـــى تنفيذ الوصية ، وتنفيذها أولى من عدم تنفيذها ، لأنه أراد بها التقرب إلى الله تعالى وكذا لفظ إنسان يطلق على الرجل والمرأة .

(٢) لـــو قـــال الموصى- بكسر الصاد- أعطوه دابة- أعطى فرساً أو بغلاً أو حماراً على المنصوص – لا الإبل والبقر، إذ لا يطلـــق علـــيها عرفاً وإن كان يطلق عليها لغة وقال شريح إن كان ذلك فى غير مصر لم يدفع إليه إلا الفرس.

وبيان ذلك ، إذا قال رجل أعطوه دابة من وصيتى فإنه

(١) غمز العيون البصائر حـــ١ ص٣٠٥ –٣٠٦، الفوائد الجنية المرجع السابق.

يعطـــى فرساً أو بغلاً أو حمار على منصوص الإمام الشافعي. ولا يعطـــى إبلاً أو بقراً، لأن العرف لم يطلق عليها دابة، وإن كان يطلق عليها لغة. وبذلك تكون قد حكمنا العرف على اللغة وقال ابن شريح: إن كانت الوصية فى غير المصر لم يدفع إليه إلا الفرس.

(٣) لـــو قـــال: الزوج: زوجتى طالق. لم تطلق سائر زوجاته عملاً بالعرف، وإن كان وضع اللغة يقتضى ذلك، لأن اسم الجـــنس إذا أضيف عم. وكذلك قوله : الطلاق يلزمنى لا يحمل على الثلاث ، وإن كانت الألف واللام للعموم.وبيان ذلـــك، رجـــل متزوج أكثر من واحدة.وقال زوجتى طالق. فبمقتضى اللغة إنه تطلق سائر زوجاته، لأن اسم الجنس- زوجـــه- مفـــرد وإذا أضيف عم. ومقتضى العرف تطلق واحـــدة منهـــن فقط- وعليه ألا يقربهن حتى يعين واحدة كذلـــك لو قال: الطلاق يلزمنى لا يحمل على الثلاث ، لأن الـــرجل لم يكن يقصد فى العادة الطلاق ثلاثة. ولأن الناس لا يفهمـــون أنـــه طلق ثلاثاً ، فإذا حكمنا اللغة تطلق سائر زوجاته، لأن لفظ الطلاق جنس محلى بالألف واللام يتناول الواحدة والثلاثة. لأن العام محمول على الثلاث.

هل العادة المطردة تنزل منزلة الشرط؟.

بيان ذلك أن العادة المطردة فى ناحية ، هل تنزل منزلة

الشـــرط أو لا تـــنزل؟ وفى جواب هذا الاستفهام ، خلاف بين الفقهاء فى الفروع، فبعضهم فى المسألة الواحدة ينزلونها منزلة الشـــرط ، وبعـــض آخر لا. وفيه صور وفروع توضيح ذلك.

ومعـــنى هـــذا المبحث ، أنك إذا كنت تعامل شخصاً وله عادة مطـــردة ، فهـــل هذه العادة المطردة تنزل منزلة الشرط؟ أم لا تـــنزل؟ مـــع ملاحظـــة أن ثمـــة قاعدة تقول: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

مـــثال ذلـــك : إذا رهنـــت شـــيئاً ، والمعروف أنه يستعمل ، فاستعماله له ، كما إذا أذنت له بالاستعمال فيه. فى جواب هذا الاستفهام أكثر من صورة.

الصورة الأولى: لـــو جرت العادة على قطع الحِصْرِم -بكسر الحـــاء وســـكون الصاد وكسر الراء- وهو العنب الصغير قبل نضـــجه - فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غـــير شـــرط القطع - قطعها قبل النضج فى الجواب وجهان: أصحهما لا. وقال القفال: نعم والمراد ليس خصوص الحصرم بل المراد الأعم من ذلك وهو كل ثمار لم يتم نضجها. والثمار غـــير الناضجة لا يصح بيعها بدون شرط القطع ، والحكمة فى ذلـــك أنـــك لو أشتريتها بدون شرط القطع حصل التغابنى بين البائع والمشترى لأمرين .

(١) الجهالـــة (٢) الـــزيادة . فمادامت الأكمال تنضج والـــثمار تكبر حصلت زيادة بلا شك . ولذلك قالوا لايصح بيع

الثمار قبل نضجها . وفى ذلك وجهان

الأول: أن العـادة المطـردة فى ناحية كقطع الحصرم لاتنزل مـنزلة الشرط ، بل لابد من الشرط ، والالكان البيع باطلا أى لابد من شرط ويصح البيع بدون شرط القطع .

الثانى: نعـم. تنزل عادتهم منزلة الشرط ويصح البيع بدون شـرط القطـع. والأفضـل أنه لابد من الشرط حتى يمكن من الخـروج مـن العهـدة بيقيـن. حـتى يصح بيعه قبل موعد الحصاد(١).

الصـورة الثانـية: لـو عـم الناس اعتياد إباحة منافع الشيئ المرهون للمرتهن –الدائن– فهل ينزل منزلة الشرط؟ حتى يفسد الرهـن. قال الجمهور –لا– وقال: القفال: نعم. وبيان ذلك فيما يلى:–

الرهـن: لغـة الثبوت والدوام. ومنه الحالة الراهنة أى الثابتة. وقال الماوردى: هو الاحتباس. وشرعاً : جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه(٢)، وقال الجمهور : لا تنزل عادة الانتفاع بالشيئ المرهون منزلة الشرط بل لابد من شرط الانـتفاع ، ومـن ثم فلو شرط فى عقد الرهن انتفاع المرتهن بالمـرهون فالرهـن فاسد. لأن الأصل فى الرهن عدم التعدى على الشيئ المرهون وعدم استعماله. وقال القفال: نعم. إن هذه

---

(١) الفوائد الجنية حـ١ ص٣٠٧-٣٠٨.

(٢) مغنى المحتاج: حـ٢ ص١٢١ ، نهاية المحتاج حـ٤ ص٢٣٣.

العـــادة تنزل منزلة الشرط إن كان قد أذن الراهن للمرتهن فى الانتفاع. وعليه فيكون العقد فاسد.

الصـــورة الثالـــثة: لـــو جـــرت عادة المقترض برد أزيد مما اقـــترض. فهـــل ينزل منزلة الشرط فيحرم إقراضه: وجهان: أصـــحهما-لا. وبيان ذلك.إذا جرت عادة إنسان أنه إذا اقترض رد أزيد مما أقترضه فهل تنزل هذه العادة منزلة الشرط فكأنك قلـــت : لــــه: رد العشـــرة ، إحـــدى عشر. فالجواب عن ذلك وجهان:-

الوجـــه الأول: وهو الأصح ، أنه لا ينزل العادة منزلة الشرط، وعلـــى ذلـــك فـــلا يحرم أقراضه إلا إذا شرط الرد بأزيد مما اقـــترض. إما إذا لم يشرط فالقرض حلال. لأن الرسول -ﷺ- اقترض بكراً ورده رباعياً، واقترض جملاً ورده بعيراً ، فالرد بالـــزيادة صحيح. وقد فعله أشرف المرسلين -ﷺ- وعلى هذا فمـــن جرت عادة الرد بأزيد لا يحرم إقراضه وهذا على الوجه الثانى.

أمـــا علـــى الوجه الأول، أن العادة تنزل منزلة الشرط وعلـــى ذلـــك فـــيحرم إقراضه أى إقراض من اشترط أن يرد المقترض بأزيد مما اقترضه.

اعتراض وجوابه:-

الاعـــتراض : أن الرسول-ﷺ- يقول :[كل قرض جر

نفعاً فهو ربا] قال فقهاء الشافعية : كل قرض جر نفعاً مشروطاً فهــو ربا . فإن رده بأزيد مما اقترضه بدون شرط هذا ، إنما هو من حسن القضاء ، وقد فعل الرسول -ﷺ- برد الأزيد وقد قـــال -ﷺ- [إن خـــياركم أحسنكم قضاء، إنَّ خياركم أحسنكم قضاء].

الصورة الرابعة:

لـــو اعـــتاد الناس بيع العينة ، بأن يشترى مؤجلاً بأكثر مما باعه به نقداً فهل يحرم ذلك؟

وجهـــان: أصحهما- لا. وبيان ذلك ، أن العينة هى أن يشترى السلعة بثمن مؤجل ، ويبيع ما اشتراه قبل قبضه بثمن أقل نقداً. وهى حرام عند الأئمة الثلاثة، إلا الإمام الشافعى -رحمه الله- فقـــد أجازهـــا ، استناداً على أنه بيبع وقد أحل الله البيع وحرم الـــربا بـــنص القرآن العزيز والأئمة الثلاثة يقولون : أن العينة أخـــت الـــربا فإذا اشترى الإنسان المبيع بمائة جنية مؤجلاً ثم باعـــه بخمســـين حالاً فكأنه باع المائة بخمسين وهذا لا يجوز. والحاصل أنه لو جرت عادة رجل بأن يشترى بأكثر مؤجلاً ثم يبيع قبل قبضه بأقل نقداً ، فهل تنزل عادته منزلة الشرط؟.

أى كأنـــنى قلت: له أشترى هذا منى بأكثر مؤجلاً على أن تبيعه بأقل نقداً. الأصح أنها لا تنزل منزلة الشرط، بل يفسد العقد وهو باطل قولاً واحداً. وعن ابن عمر-رضى الله عنهما- قال : أتى علينا زمان وما يرى أحدنا أنه أحق بالدينار والدرهم

مـــن أخيه المسلم ثم أصبح الدينار والدرهم أحب إلى أحدنا من أخيه المسلم سمعت رسول الله -ﷺ- يقول : [إذا ضنن بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة وتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد فى سـبيل الله أنــزل الله بهـم ذلا فلم يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم] (١).

الصورة الخامسة:-

لو دفع ثوباً إلى خياط ليخيطه له أو إلى صباغ ليصبغه لــه ، ولـم يعين له أجره ، وجرت عادته بالعمل بالأجر ، ثم اختلفا فى الأجر وعدمه فهل ينزل منزلة شرط الأجرة؟ خلاف. قـال الإمـام الأعظم: لا أجره له. وقال أبو يوسف : إن كان الصـابع حـريفاً له، أى معاملاً له ، فله الأجر وإلا فلا. وقال الإمـام محمـد: إن كان الصابع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر ، وقـيام حالـة بهـا كـان القول قوله:وإلا فلا، اعتباراً للظاهر المعتاد. قال الزيلعى : والفتوى على قول محمد.

الصورة السادسة:-

العاريـة إذا اشترط فيها الضمان على المستعير، تصير مضمونة عندنا- معشر فقهاء الحنفية- فى رواية؛ وهذا التعبير فيه إشعار بأن الصحيح المفتى به خلافهما والعارية: هى لغة : اسـم لمـا يعار ، وللعقد المتضمن لإباحة الانتفاع به مع بقاء

---

(١) تلخـيص الحـبير حـ٢ ص٢١، الإغناء فى الفروق والاستثناء لابن سليمان البكرى حـ١ ص ٤٦١، الفوائد الجنية حـ١ ص٣٠٧-٣٠٨.

عيــنه، وقـــال الجوهرى: كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعيب. واعترض عليه بأنه-ﷺ- فعلها، ولو كانت عيباً مـــا فعلها[1]، وحقيقتها فى الشرع إباحة ، من غير عوض على أن يـــرد العيـــن[2]، وأما الوديعة والعين المؤجرة فلا يضمنان بحـــال[3] لكـــن هذا يخالف ما نقل عن الزيلعى : من أن العين المودعـــة إذا اســـتؤجر على حفظها وهلكت يضمنها المودع. والوديعـــة : واحـــدة الودائع ، وحقيقتها شرعاً: توكيل فى حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص[4]. والإجارة : لغة : اسم للأجرة واشتهر فى العقد ، والمعنى الشرعى أعم من المعنى اللغوى. وهو خلاف الأصل[5]، وهى مشتقة من الأجر، وهو الثواب، وضابطها: كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها منفعة مـــباحة مملوكـــة معلومـــة مقصـــودة ، تضمن بالبدل، وتباح بالإباحة[6].

<u>المبحث الرابع: العرف الذى تحمل عليه الألفاظ:</u> العرف الذى

(١) الصـــحاح حـــ٢ ص٧٦١، مغنى المحتاج حـــ٢ ص٢٦٣ نهاية المحتاج حـــ٥ ص١١٥

(٢) المراجع السابقة

(٣) غمز عيون البصائر حـــ١ ص٣٠٩.

(٤) الصـــحاح حـــ٣ ص١٢٩٦ ، ترتيب القاموس حـــ٤ ص٥٨٩ مغنى المحتاج حـــ٣ ص٧٩..

(٥)

(٦)

تحمل عليه الألفاظ ،إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ، أى العرف السابق لوقت اللفظ واستقر حتى صار فى وقت الملفوظ بــه ، وأما العرف المقارن الطارئ فلا أثر له، ولا ينزل عليه اللفــظ السابق ولذا قالوا : لا عبرة بالعرف الطارئ[1]، وبيان ذلــك، أن العرف أو الأعراف التى تحكم وتحمل عليها الألفاظ تــنزل علــى العرف الموجود وقت التعامل، ولا يكون العرف مقارناً إلا إذا كان يسبقه عرف، أما العرف الطارئ فلا يحكم، والمراد بالعرف السابق هو العرف الموجود وقت التعامل ليس ما اندثر وأصبح نسياً منسياً.

ما الذى تؤثر فيه العادة؟

العــادة الغالبة إنما تؤثر فى المعاملات لكثرة وقوعها ، ورغبة الناس فيما يروج فى النفقة غالباً. والعادة : لا تؤثر فى التعلــيق والإقرار بل يبقى اللفظ على عمومه فيها، أما التعليق فلقلــة وقوعه. وأما الإقرار ، فلأنه أخبار عن وجوب سابق ، وربما يقدم الوجوب على العرف غالباً فلو أقر بدراهم وفسرها بغــير عملــة الــبلد قبل. ومعنى هذا أن العادة تؤثر فى مطلق أنواع المعاملات فتقيدها فتحمل عقود المعاملات بأنواعها على العــرف الســابق الذى يقارن تعاملنا ، وقد خضت المعاملات لكــثرة وقوعهــا وتكــرارها بيــن الناس ، فلا غنى لأحد عن

---

(١) غمز عيون البصائر حــ١ ص٣١١.

المعاملات بخلاف التعليق والاقرار فلابد من النص والسبب فى عـدم تحكيم العادة فى التعليق فلندرة وقوعه حيث لم تتكون فيه عادة.

والتعليق : هــو ربط أمر بأمر. مثل إن دخلت دار زيد فأنت طــالق. وكذلك الإقرار لا تؤثر فيه العادة ، والسبب فى ذلك ، لأنه أخبار بوجوب حق سابق ، وإذا كان الوجوب السابق على الإقرار فكيف نحكم فيه العادة الطارئة. وقد يتقدم الوجوب على العرف السابق كما لو كانت العملة السابقة هى الدنانير والعملة الحالــية عمله ورقية فالأخبار لا حق للدين. حيث أن الإقرار إخبار عما مضى ، وقد يكون العرف المقارن للدين قد مضى ، وطــرأ عرف جديد عند الإقرار فلا يؤثر فيه عرف حاضر ، لأنــنا لــو حكمــنا العرف الحاضر نكون قد جعلنا عادة لاحقة محكمة فى عرف متقدم، فلو أقر بدارهم وفسرها بغير الدراهم الموجــودة قــبل قوله لأنه ربما طرأ عرف جديد على العرف الــذى كان موجوداً عند ثبوت الدين، فتغيرت السكة التى كانت موجودة(١).

المبحث الخامس:

قــال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقاً- غير مقيد- وليس له ضابط ، يحدد مدلوله – فيه ، ولا فى اللغة، فضابطه

(١) غمز عيون البصائر حــ١ ص٣١١ وما بعدها الفوائد الجنية حــ١ ص٣٠٨-٣٠٩.

العرف.

وبيان ذلك ، أن كل ما ورد فى الشريعة الإسلامية من ألفاظ ، وأحكام مطلقة ، لا ضابط لها فى الشرع ولا فى اللغة، فالمحكم فيها العرف. ومنها ما يأتى:-

(١) الحرز فى السرقة :-

السـرقة: بفتح السين وكسرها، لغة: أخذ المال خفية(١)، وشرعاً : أخذ المال خفية ظلماً من حرز مثله بشروط(٢).

والحرز : جمع أحراز ، وهو الوعاء الحصين يحفظ فيه الشـيئ ، أو هو: المكان المنيع يلجأ إليه وشرعاً: ما يحفظ فيه المال عادة كالدار ونحوه أو هو: الموضع الذى يحرز فيه عادة كدار وحانوت وخيمة(٣).

أنواع الحرز:-

(أ) حرز بغيره ، وهو كل مكان غير معد للإحراز وفيه حافظ ، كالمساجد والطرق ، والصحراء.

(ب) حـرز بنفسـه: وهو كل بقعة معدة للإحراز ممنوع من الدخـول فـيها إلا بـأذن كـالدور ، والحوانيت ، والخيم والخزائـن ، والصناديق والحرز : شرط من شروط القطع

---

(١) ترتيـب القاموس حـ٢ ص٥٥٥، المصباح المنير حـ١ ص٣٧٣، الصحاح حـ٤ ص١٤٩٦.

(٢) مغنى المحتاج حـ٤ ص١٥٨- الإقناع بحاشية البيجرمى حـ٤ ص١٦٣.

(٣) القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً لسعدى أبو جيب ص٨٥.

في السرقة[1].

والحرز يضبط الحرز شرع ولا لغة ، والشريعة تأمر بقطع يد السارق إذا سرق نصاباً من حرز مثله، فالمحكم في ذلك العـــرف ، فما يعده العرف حرزاً كان حرزاً ، وما لا فلا. أي أن الحرز لم يبين حقيقته الشرع، وكذلك اللغة لمن تبين مدلولــــه ، ومن ثم فضابطه العرف ، فحرز كل شيئ ما تعــارف الـــناس صيانة الشيئ فيه، فحرز المال وضعه في صندوق مثلاً ، وحرزاً الميت وضعه في قبره وهكذا.

٢- التفريق في البيع:-

التفرق: هو أن يذهب كل من المتبايعين في طريق. وفي الحديـــث الشريف: [البيعان بالخيار ما لم يتفرقا] وتقول : فرّق بين القوم ، أحدث بينهم فرقة ، وفرّق بين الأشياء ميز بعضها عـــن بعض. يقال : فرق القاضي بين الزوجين ، حكم بالفرقة بيـــنهما. وفرّق الأشياء قسمها[2]، وهذا التفرق لم يضبطه شرع ولا لغة ، فالمحكم في ذلك العرف ، فما يعده الناس تفريقاً يلزم بـــه العقد ، وإلا فلا والمراد بالتفرق هنا هو تفرق الأبدان لأن العـــرف قاض بذلك ، فلو قاما وتماشياً ما زال خيارهما باقيا. ولو كان في دار كبيرة فالتفريق فيها يكون بالخروج من البيت إلى الصحن وخارج البيت. وأن كان في سوق أو صحراء فبأن

---

(١) روضة الطالبين حـــ١٠ ص١١٩.

(٢) القاموس الفقهي ص٢٨٤.

يولـــى أحدهما: الآخر ظهره ويمشى قليلاً ، وأن كان فى سفينة أو دار صـــغيرة فخروج أحدهما ، وهكذا ولو مات أحدهما أو جـــن انتقل الخيار للورثة وبناء على ذلك ، فلما كان التفرق لم يضـــبطه شـــرع، ولـــم يبينه لغة يكون ضابطه العرف فما دام العـــرف يقضـــى بأنهما لم يتفرقا فخيار المجلس ثابت والعكس صحيح ، وهذا عند غير الحنفية – ويترتب على ذلك أن تحسب مدة خيار الشرط من انتهاء المجلس.

(٣) القبض فى المبيع:-

فحقـــيقة القـــبض لـــم يضـــبطها شرع ولا لغة ، وعليه فضـــابطها العـــرف ، لذلك قالوا: أن القبض فى المنقول يكون بنقله، وفى العقار بالتخلية ، وبحكم العرف الآن فقبض العمارة مثلاً يكون بالإطلاع عليها ، وتغيير العقد ويترتب على ذلك أنه لـــو لـــم يقـــبض حسب العرف فالعقد باطل. والقبض يختلف باختلاف المبيع.

(٤) وقت الحيض وقدره:-

ووقـــت الحـــيض وقدره لا ضابط له فى اللغة ولا فى الشـــرع فلـــم يرد حديث بأن الحيض يكون فى أول الشهر أو آخـــره، ومـــن ثم فالمحكم فيه العرف. وقدره أيضاً المحكم فيه العرف لأنه لم يرد حديث يقول أن المرأة تحيض يوماً وليلة أو أسبوع أو غير ذلك ، وكذلك اللغة ، وإن كان أربعة أيام فيعتبر عادة لها قدراً وأن كان فى أول الشهر اعتبر لها عادة وقتاً .

(٤) الاكتفاء فى الصلاة بالمقارنة العرفية للنية:-

النــية : هى قصد الشيئ مقترناً بفعله. فإن تراخى الفعل عن القصد سمى عزماً ، والمقارنة نوعان:-

(أ) مقارنــة عرفية: وتكون باستحضار هيئة الصلاة - العصر مثلا- جملة عند النية.

(ب) مقارنــة حقــيقة: وتكون باستحضار أول من أركان الصــلاة عــند الــنطق بهمــزة لفظ الجلالة بحيث يستحضــر فــى ذهنه جميع الأركان بمجرد النطق بالراء فى أكبر ، فالمقارنة الحقيقة غير لازمة لقوله -ﷺ- [إنمــا الأعمال بالنيات وأطلق ولم يبين كيف أنــوى، وكذلك اللغة لم تبين حقيقة المقارنة ، وعليه فتكفى المقارنة العرفية.

المبحث الحادى عشر

فى بيان القواعد الآتية

(أ) قاعدة: الحقيقة تترك بدلالة العادة[1].

(ت) قاعدة : الكتاب كالخطاب[2].

(حـ) قاعدة : الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان[3].

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول

فى قاعدة : الحقيقة تترك بدلالة العادة.

(أ) معنى القاعدة:-

الحقيقة : ضد المجاز ، وهى الشيئ الثابت قطعاً ويقيناً وحقيقة الشيئ منتهاه، وأصله المشتمل عليه.

والحقـيقة فى الاصطلاح: الكلمة المستعملة فيما وضعت له فى التخاطب.

والحقـيقة الشـرعية: هى ما تلقى معناها من الشارع، وإن لم يتلق من الشارع يسمى اصطلاحاً[4].

ومعـنى هـذه القـاعدة يدخل تحت مسألة، تعارض اللغة مع

---

(١) الوجيز ص١٧٤، المجلة مادة (٤٠) ، المدخل ، فقرة ٦٠٩.

(٢) الأشباه للسيوطى ص٣٠٨، ابن نجيم ٣٣٩،المجلة مادة ٦٩،المدخل فقرة ٦٠٩

(٣) السيوطى ص٣١٢،ابن ابن نجيم ص٣٤٣، المجلة مادة ٧٠، المدخل فقرة ٦١٠

(٤) القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً ص٩٤-٩٥ .

العـرف، والمراد بالحقيقة هنا هى: دلالة اللفظ المستعمل فيما وضـع له فى اصطلاح التخاطب بحيث يدل عليه بغير قرينة، سـواء كان التعيين من جهة واضع اللغة، فيكون حقيقة لغوية، أو كـان التعيين من غير واضع اللغة كالعرف ، فيكون حقيقة عرفيه، أو الشرع، فيكون حقيقة شرعية.

(ب) أنواع الحقيقة:

الحقيقة ثلاثة أنواع: بيانها كما يلى:

(١) حقيقة لغوية: وهى اصل الحقائق الثلاث، لأن اللفظ وضع أولاً للمعنى اللغوى، وفى مقابل الحقيقة اللغوية المجاز اللغوى.

(٢) **الحقـيقة الشرعية**: وهى نقل اللفظ من معناه اللغوى إلى المعـنى الشـرعى المراد، مع وجود علاقة بينه وبين المعنى اللغوى، وفى مقابل الحقيقة الشرعية المجاز الشرعى.

(٣) **الحقـيقة العرفية** : وهى نقل أهل العرف العام أو الخاص بعـض الألفاظ ، واستعمالها فى بعض ما تعارفوه بينهم. وفى مقابلهـا مجاز عرفى، ومن ثم أصبحت هذه الألفاظ مجازاً فى اللغـة، وحقـيقة شرعية، أو عرفاً شرعياً ، وحقيقة عرفية، أو عرفاً فى الاستعمال عاماً أو خاصاً.

وفى ذلك يقول ابن الحاجب **[إن الألفاظ التى استعملها الشارع ، مجازات لغوية ، ثم أشتهرت فصارت حقائق شرعية]** [1].

---

(١) مختصر ابن الحاجب حـ١ ص١٣٧.

(جـ) كيف ثبتت الحقائق الشرعية؟.

وقد ثبتت الحقائق الشرعية بالاستقراء، لأننا لما استقرأنا لفظ الصلاة ، والزكاة، والصيام ، والحج ، وجدناها استعملت فى لسان الشرع للعبادات. فالصلاة ، اسم للدعاء ، ثم سمى بها العبادة المعلومة مجازاً فى اللغة، وحقيقة شرعية، أو عرفاً شرعية، سواء كان فيها دعاء ، أو لم يكن ، كصلاة الأخرس حيث إنها شرعت لذكر الله تعالى: قال تعالى: ﴿ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي ﴾ [1]، أى لتذكرنى فيها وكل ذكر دعاء ، فإن من قال: الله أكبر صح أن يقال دعا الله تعالى: والحج فى اللغة: القصد ، ثم صار اسماً لعبادة معلومة ، مجازاً فى اللغة، وعرفاً شرعياً. وكذلك العمرة ، فهى فى الأصل الزيارة ، ثم صارت اسماً لزيارة مخصوصة بشرائطها ، وأركانها المعلومة شرعاً. والزكاة فى الأصل النماء ، ثم صارت اسماً للمعنى الشرعى، وهو آداء بعض المال النامى بوجه مخصوص أتت به الشريعة. والصوم فإنه فى اللغة مطلق الإمساك ، وفى الشريعة خصص بنوع من الإمساك[2].

(د) الأصل فى الكلام:

الأصل فى الكلام الحقيقة ، ومن ثم ، كان الواجب

---

(١) من الآية رقم (١٤)من سورة طه.

(٢) الأحكام للآمدى حـ١ ، فى الحقيقة والمجاز ، وشرح المحلى على جمع الجوامع حـ١ ص٢٢٦.

استــعمال كــل لفظ في معناه الحقيقي ، ولكن قد يهجر المعنى الحقــيقي عــرفاً وعــادة، فــيكون الحكم في ذلك متعذراً، أو كالمــتعذر، مــثال ذلك، لا حلفا شخص لا يضع قدمه في دار فــلان ن إذا ينصرف المعنى إلى الدخول بأي وجه كان، راكباً أو ماشــيا حافــياً أو متــنعلاً ، لأنه هو المتعارف ، لا المعنى الحقــيقي ، وهو مباشرة القدم دخل أو لم يدخل لأن هذا المعنى مهجــوراً عــرفاً ، والعــرف قاض على الوضع، وقد تركت الحقيقة هنا بدلالة العادة والعرف[1].

(هـ) الخلاصة:

وخلاصــة ذلــك كله ، أن حقيقة اللفظ تترك، ولا تعتبر بدلالة العادة والعرف، على استعمال هذا اللفظ استعمالاً مغايراً لمعــناه الحقــيقي ، ويبــنى الحكم على المعنى الذي دل عليه العرف والعادة. وإذا دار الأمر بين الحقيقة والمجاز ، ترجحت الحقــيقة ، لكــن المراد بالحقيقة المذكورة في هذه القاعدة هي الحقيقة المهجورة، فظهر بهذه القاعدة أن تحكيم العادة ، والعمل ، باستعمال الناس ، لا تقوى الحقيقي على معارضتهما بل يعمل بهما دونها[2].

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية تأليف / محمد صدقي ص١٧٥.

(٢) شرح القواعد للزرقا ص٢٣١.

المطلب الثاني

فى "قاعدة : الكتاب كالخطاب"

(أ) معنى القاعدة:

(١) معنى الكتاب فى اللغة:-

الكتاب : معروف ، والجمع : كُتُب. كتب الشيئ يكتبه كتْـبا وكـتاباً ، وكـتابة أى خطـه. والكتاب : اسم لما كتب مجموعـاً. والكـتاب مصدر. والكتابة لمن تكون له صناعة ، مـثل: الصـياغة ، والخـياطة. واكتبه : اكتتابك كتابا تنسخه ويقـال: اكتتب فلان فلاناً أى سألة أن يكتب له كتاباً فى حاجة. واستكتبه الشيئ أى ساله أن يكتبه له.

وقيل كتبه : خطه . واكتتبه : أستملاه. وفى التنزيل : ﴿ اكْتَتَبَهَا فَهِيَ تُمْلَى عَلَيْهِ بُكْرَةً وَأَصِيلاً ﴾ (١) واكتتب الرجل إذا كتب نفسه فى ديوان السلطان ، أو فى غزوة كذا والكتاب: ما كتب فيه(٢).

(٢) المعانى الذى يرد لها لفظ الكتاب:

الكـتاب : يـأتى بمعنى الخط، وكتب الله الشئ: قضاه وأوجبه وفرضه، قال تعالى﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ ﴾ (٣) أى فرض وأوجـب، ويأتى بمعنى المراسلة، تقول: كاتب صديقه: راسله،

---

(١) من الآية رقم (٥) من سورة الفرقان.

(٢) السان العرب لابن منظور جـ٥ ص٣٨١٦ ط دار المعارف.

(٣) من الآية رقم (١٨٣) من سورة البقرة .

ويأتى بمعنى المكاتبة: يقال: كاتب السيد العبد: كتب بينه وبينه اتفاقــاً على مال بقسطه له، فإذا دفعه صار حراً، ويأتى بمعنى الــتوراة، قــال تعــالى ﴿ وَإِنَّ مِنْهُمْ لَفَرِيقاً يَلْوُونَ أَلْسِنَتَهُمْ بِالْكِتَابِ لِتَحْسَبُوهُ مِنَ الْكِتَابِ وَمَا هُوَ مِنَ الْكِتَابِ ﴾ (١) ويرد بمعنى الإنجيل ، قــال تعــالى ﴿ قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا ﴾ (٢) ويرد بمعنى القــرآن قــال تعالى﴿ ذَلِكَ الْكِتَابُ لا رَيْبَ فِيهِ ﴾ (٣) ويرد بمعنى اللــوح المحفــوظ قال تعالى:﴿ وَعِنْدَنَا كِتَابٌ حَفِيظٌ ﴾ (٤) ويأتى بمعنى القدر والحكم قال تعالى ﴿ لَوْلا كِتَابٌ مِنَ اللَّهِ سَبَقَ ﴾ (٥). أى حكــم بإحلال الغنائم ، والأسرى ويأتى بمعنى الأجل، قال ســبحانه ﴿ وَمَا أَهْلَكْنَا مِنْ قَرْيَةٍ إِلَّا وَلَهَا كِتَابٌ مَعْلُومٌ ﴾ (٦) أى أجل مقدر مكتوب[٧] والمكتوب: اسم مفعول.

(ب) معنى الكتاب فى الاصطلاح:

اســم لجملــة مختصــة من العلم،مشتملة على أبواب وفصول

---

(١) من الآية رقم (٧٨) من سورة آل عمران.

(٢) من الآية رقم (٦٤) من سورة آل عمران.

(٣) من الآية رقم (٢) من سورة البقرة .

(٤) من الآية رقم (٤) من سورة ق .

(٥) من الآية رقم (٦٨) من سورة الأنفال .

(٦) من الآية رقم (٤) من سورة الحجر .

(٧) القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً ص٣١٥ .

غالباً[1] وفى العرف الشرعى : هو القرآن الكريم وأهل الكتاب: هـم الـيهود والنصـارى ، والكـتابى: من يؤمن بنبى، ويقر بكتاب[2] والكتابة فى عرف الأدباء ، لإنشاء النثر، كما أن النثر يقـال: لإنشـاء الـنظم ، والظاهر أنه المراد هاهنا لا الخط، والكـتاب المبيـن: هو اللوح المحفوظ وهو المراد بقوله تعالى ﴿ وَلا رَطْبٍ وَلا يَابِسٍ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُبِينٍ ﴾ [3].

(جـ) معنى الخطاب فى اللغة:

الخطـاب، والمخاطـبة: مـراجعة الكلام، وقد خاطبه بالكلام مخاطبة وخطاباً، وهما يتخاطبان[4].

وخاطـب فلانـاً مخاطبة، وخطاباً: كالمه وحادثه أى وجه إليه كلامـاً، وخاطـبه فـى الأمر: حدثه بشأنه، والخطاب: الكلام وخطاب الله تعالى: أمره ونهيه، وفصل الخطاب: ما ينفصل به الأمـر من الخطاب، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَشَدَدْنَا مُلْكَهُ وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ ﴾ [5] أى الحكم بالبينة أو اليمين، أو الفقه فى القضاء، أو العدل فى الحكم، وما قال من شئ أنفذه، أو هو

---

(١) القاموس الفقهى المصدر السابق، والتعريفات للجرجانى ص٢٣٥ .

(٢) القاموس الفقهى المصدر السابق، والتعريفات للجرجانى ص٢٣٥ .

(٣) من الآية رقم (٥٩) من سورة الأنعام .

(٤) لسان العرب جـ٢ ص١١٩٥ .

(٥) من الآية رقم (٢٠) من سورة ص .

قـــول: أمـــا بعد[1] وقيل معناه: أن يفصل بين الحق والباطل، ويميز بين الحكم وضده، وقيل: فصل الخطاب أما بعد: وداود عليه السلام أول من قال: أما بعد، أى أما بعد ما مضى من الكلام فهو كذا، وكذا[2].

(د) معنى القاعدة:

القـــاعدة: تفيد أن العبارات الكتابية، كالمخاطبات الشفهية ، فما ترتب على المكالمات الشفوية، يترتب على المكالمات الكتابية، وكمـــا قـــيل: القلم أحد اللسانين، والكتابة تنزل منزلة الخطاب ممـــن دنا، وعلى ذلك، فكل كتاب يحرر على الوجه المتعارف عليه بين الناس يكون حجة على كاتبه، كالنطق باللسان ومن ثم فـــإن سائر التصرفات المالية، من بيع وإجارة وكفالة وحوالة، يحكـــم بصـــحتها، إذا تـــم القبول فى مجلس قراءة الكتاب، أو خاطـــبه بالقبول هاتفياً والأمر كذلك فى النكاح، غير أن صحة عقـــد النكاح تتوقف على أن يقرأ المكتوب إليه، الكتاب، ويعلن الموافقة بمحضر من الشهود[3].

(هـ) شروط الكتابة المقبولة:

تكون الكتابة مقبولة، وفى حكم الخطاب بالشروط الآتية:

(١) أن تكون الكتابة مستبينه.

---

(١) القاموس الفقهى ص١١٨ .

(٢) لسان العرب جـــ٢ ص١١٩٥.

(٣) الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية ص١٧٦ .

(٢) أن تكـــون الكتابة على الوجه المعتاد بين الناس . وإلا فلا يعمـــل بها إلا بالنية، أو الإشهاد، على ما فى الكتاب أو الإملاء علـــى الغير، إلا فى خط السماسرة والتجار، والصيارفة، فإنهم يكتـــبون ما عليهم فى دفاترهم، فيعمل به، وإن لم يقل من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان.

(٣) ويكفى فى زماننا أن يكون الكتاب مذيلاً بإمضاء الشخص، أو ختمه، فإن ذلك يغنى عن تصديره بقوله : من فلان[١].

---

(١) قواعد الفقه الإسلامي للدكتور عزام ص٢٨٧.

المطلب الثالث

فى قاعدة:" الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان"

(أ)معنى القاعدة:

(١) الخَــرَس: ذهاب الكلام، عِيًّا أو خلقة، والخرس بالتحريك المصــدر[١] وخَــرِس خرساً ، إنعقد لسانه عن الكلام خلقة أو عــياً،فهو أخرس وهى خرساء[٢] والمعنى: أن الأخرس، وهو معقول اللسان خلقة أو عاهة دائمة، تكون إشارته معتبرة كبيان الناطق فى بناء الأحكام عليها تسهيلاً عليه فى قضاء مصالحه، لأن الكــتابة والإشـــارة المفهمة بدرجة واحدة من حيث الدلالة علـــى المـــراد، سواء كان عالماً بالكتابة، أو غير عالم،وسواء كانـــت الإشارة باليد، أو بالعين أو بالحاجب، ما دامت معهودة منه، ويفهمها الآخرون.

(ب) ما تعتبر فيه إشارة الأخرس:

تعتبر إشارة الأخرس فى كل تصرفاته ومعاملاته، من نكـــاح وطـــلاق وبـــيع وشراء، ورهن وإبراء، وإقرار ويمين ونكـــول، ووصـــية، ونحـــو ذلـــك من الأحكام وهذا من باب استحسان الضرورة لما يصيب الأخرس من ضرر وحرج، لو

(١) لسان العرب جـ٢ ص١١٣٠ .

(٢) المعجم الوجيز ص١٩١.

لـــم تعتبر إشارته، كما أن الشارع قد اعتبر إشارة الأخرس فى العـــبادات، فـــإذا حـــرك لسانه بالقراءة والتكبير كانت عبادته صـــحيحة، وكذلـــك المعاملات، ولما كانت الإشارة فى بعض الأحـــيان تقبل وتكون بياناً من القادر فى بعض المواضع، فقد ثبـــت أن الرســـول ﷺ وهـــو أفصح العرب والعجم قد أنبانا بالإشـــارة عـــدد ايـــام الشهر حينما قال: [الشهر هكذا وهكذا وهكـــذا، ثـــم عقـــد إبهامـــه فى الثالثة، ويشير بيده أنه تسعة وعشـــرون لـــيلة فلا تصوموا حتى تره فإن غم عليكم فأكملوا العـــدة ثلاثيـــن] (1) فالعاجز عن النطق أولى أن تقبل إشارته، وتكـــون بـــياناً لمـــا يريد، وإذا كان الكتاب من الغائب معتبراً كالخطـــاب وهو قادر على الحضور، فأولى أن تعتبر الإشارة من الأخرس لعجزه، وعدم قدرته على الكلام والتعبير، فكانت إشارة الأخرس كالبيان من الناطق.

(جـ) متى لا يعتد بإشارة الأخرس؟

إذا كانت إشارة الأخرس معتبرة فى عبادته، ومعاملاته المدنية كلها، فإن إشارة الأخرس لا تعتبر فى الحدود والعقوبات الخالصـــة لله تعـــالى بـــناء على قاعدة " وجوب درء الحدود بالشـــبهات"(2) وعملاً بهذه القاعدة، فالأخرس لا يحد، ولا يحد لـــه، فـــإن كـــان قاذفاً، فقذفه ليس بصريح، والحد لا يجب إلا

(1) نيل الأوطار جـــ٤ ص٢١٢-٢١٣ ، تلخيص الحبير جـــ٢ ص١٨٧-١٨٨.

(2) شرح المجلة للأتاسى ص١٩٣ ، ولعلى حيدر ص٦٣.

بالقذف بصريح الزنا، وإن كان مقذوفاً فلعله كان بإيمائه مصدقاً للقاذف، فلا يتيقن بطلبه الحد، والحدود إنما شرعت زاجرة، فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة، بخلاف القصاص فإن فيه معنى المعاوضة، لكن عند فقهاء الشافعية، تعتبر إشارة الأخرس فى القـذف، بشرط أن تكون معهودة، فلو لم تكن إشارته معهودة ومعلومة عند القاضى لزم استفساره ممن يعرف نحو أصحابه وجيرانه وأقربائه، وبشرط أن يكون المترجم عدلاً، لأن الفاسق لا يعتد بكلامه.

(د) ما يستثنى من القاعدة:

يســتثنى مــن قاعدة إشارة الأخرس الحدود والعقوبات الخالصــة لله تعــالى لدخولها تحت قاعدة، وجوب درء الحدود بالشــبهات، ومــن المستثنيات أيضاً: إسلام الأخرس فلا يصح بالإشــارة حتى يصلى بعدها، والصحيح صحته، وحمل القول بعدم الصحة على ما إذا لم تكن إشارته مفهمة[1].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٣٣٨.

المبحث الثاني عشر

في القواعد الآتية

****

(أ) قاعدة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

(ب) قاعدة: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

(جـ) قاعدة: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

(د) قاعدة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان وفيه مطلبان:

المطلب الأول

في القواعد الثلاثة الآتية

****

(أ) قاعدة: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

(ب) قاعدة: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.

(جـ) قاعدة المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

المطلب الثاني

في قاعدة: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان.

المبحث الثانى عشر

فى القواعد الآتية

(أ) قاعدة : " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"[١].

(ب) قاعدة: " التعيين بالعرف، كالتعيين بالنص"[٢].

(جـ) قاعدة : " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"[٣].

(د) قاعدة : " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان".

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

فى القواعد الثلاثة الآتية

****

(١) قاعدة " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"

مفهــوم القاعدة:معنى هذه القاعدة، أن ما تعارف عليه الناس فى معاملاتهم، وإن لم يذكر صريحاً هو قائم مقام الشرط فى الالتزامات، وما تعارف عليه الناس، يعتبر بمنزلة الاشتراط الصــريح، ومن ثم فإن توابع العقود التى لا ذكر لها فى العقود تحمــل على عادة كل بلد، مثال ذلك، من اشترى سيارة، دخل فــيها عدتهــا، ومفاتيحها وعجلها، الاحتياطى، بدون ذكر فى

---

(١) الأشباه للسيوطى ص١٠٦، والأشباه لابن نجيم ص٩٩.

(٢) المجلة ، مادة (٤٥)، المدخل فقرة٦١٢.

(٣) المجلة مادة (٤٤) ، المدخل فقرة ٦١٣.

العقد، للعرف المتداول، والعادة الجارية.

(٢) قاعدة : " التعيين بالعرف ، كالتعيين بالنص"

مفهــوم القاعدة: أما معنى القاعدة السابقة، أو قاعدة: " الثابــت بالعــرف، كالثابــت بالنص" أن العرف دليل يثبت به الحكم، كالنص الشرعى، حيث لا نص ، فالثابت بالعرف، كأنه منصــوص فـــى العقــد، ومـــن ثـــم، فالانـــتفاع بالأعـــيان المؤجــرة،والمســـتعارة، إذا لم يبين فى العقد، يتعين بالعرف، كيفية الانتفاع بها، ويكون بحسب العرف، والعادة الجارية، بين الناس، ما لم يوجد شرط يخالف ذلك.

(٣) قاعدة: " المعروف بين التجار، كالمشروط بينهم"

مفهوم القاعدة: وهذه القاعدة تعبر عن العرف الخاص لطائفـــة ما، وهى داخلة بين القاعدتين السابقتين فمن ثم، يكون ذكـــرها مـــن قبيل ذكر الأخص، بعد ذكر الأعم، اهتماماً بشأن المعـــاملات الـــتجارية، ولبـــيان أن مـــا يقـــع بين التجار من المعـــاملات الـــتجارية، أو بين غيرهم من العقود والمعاملات، **التى هى من نوع التجارة، ينصرف عند الإطلاق إلى العرف، والعادة الجارية بين التجار، ومن ثم فلو تبايع تاجران شيئاً ولم يصـــرحا فى صلب العقد أن الثمن نقد أو نسيئة، فإن عقد البيع وإن كان مقتضاه نقد الثمن حالاً، إلا أنهم إذا تعارفوا، على أن ذلـــك الشئ يؤدى ثمنه بعد أسبوع أو شهر، أو مقسطاً، لا يلزم** المشترى أداء الثمن حالاً، وينصرف إلى عرفهم وعادتهم، فى

الأجل، لأن المعروف بين التجار كالمشروط.

ومن العرف الجارى أن المستفيد من سند الأمر إذا وقع فـــى ظهره توقيعاً مجرداً على بياض وسلمه لشخص، كان ذلك التوقيع حوالة منه إلى المستلم أو إلى من يختاره المستلم، وإذا وقــع شــخص على صك يعتبر رضى بالعقد فى عرف الناس الــيوم لأن التوقــيع إنمــا يوضـــع عــادة للتعبير عن الرضا والموافقة[1] وبناء على ذلك فإن هذه القاعدة تفيد اعتبار العرف الخــاص، كعرف التجار بينهم، وأرباب الحرف والصناعات، وكذلــك العرف الخاص ببلد معين أو طائفة معينة، فإنه معتبر فـــى تصرفات أهله الذين تعارفوه، وينزل بينهم منزلة العرف العام، كما يلزمون به دون غيرهم ممن لم يتعارفوا عليه، لأنه لا يحمل أحد على عرف غيره، لأنه غير ملزم له[2].

---

(١) المدخل الفقهى، الفقرات ص٤٣-٤٥.

(٢) الأشباه للسيوطى ص١٠٦.

المطلب الثانى

فى قاعدة " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"

****

(أ) معنى القاعدة:

معنى القاعدة، أن تغير الأوضاع، والأحوال الزمنية له تأثـير كبير، فى كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية فإذا كان عـرف الـناس وعاداتهم يستدعيان حكماً، ثم تغير إلى عرف وعـادة أخـرى، فـإن الحكم يتغير إلى ما يوافق ما انتقل إليه عـرفهم وعـادتهم، وهكـذا تتغير كيفية العمل بمقتضى الحكم باختلاف العادة عن الزمان السابق.

وأما الحكم الثابت بالنص فلا يتغير، فمثلاً أثبت الشرع خيار الرؤية لمن اشترى شيئاً لم يره، وهذا ثابت بحديث رسول الله ﷺ [مـن اشترى شيئاً لم يره، فله الخيار إذا رآه] (1) وبناء على هذا النص، فإنه لما كانت الدور تبنى على نمط واحد، قال الفقهاء المتقدمون: يكفى لسقوط خيار الرؤية، رؤية بيت واحد منها حيث جرت العادة بذلك، ولكن لما اختلفت طرز الإنشاءات وصـارت الـدور تبنى على كيفيات مختلفة، رجح المتأخرون قـول زفر، وهو أنه لابد من رؤية كل البيوت ليسقط الخيار، فهـذا ليس اختلاف حجة وبرهان، بل اختلاف عصر وزمان،

---

(1) نصب الراية جـ٢ ص٩.

وهـذا مسـلم بـه، وهـو سنة الله سبحانه فى تشريعه لعباده، فإنه تعالى حين بدأ خلق الإنسان وكان الحال ضيقاً لقلة عدد الذرية، أباح الله سبحانه نكاح الأخت لأخيها، ووسع فى أشياء كثيرة وبقى ذلك إلى أن حصل الاتساع، وكثرت الذرية فحرم ذلك فى زمن بنى إسرائيل،وحرم السبت والشحم، ولحوم الإبل، وأموراً كثيرة، وكانت توبة الإنسان بقتله نفسه، وإزالة النجاسة بقطعها، إلى غير ذلك من التشديدات ثم لما جاء آخر الزمن، وضعف التحمل، وقل الجلد لطف الله سبحانه بعباده، وخفف عنهم بإحلال تلك المحرمات، ورفع تلك التكليفات وقبول التوبات، كل ذلك بحسب اختلاف الأحوال، والأزمان، وتلك سنة الله بعباده، الجارية فى خلقه.

(ب) شهادة الشرع للأحكام المتغيرة:

وهذه الأحكام التى تتغير بتغير الأزمان والأحوال لابد أن تكون بحال تشهد لها قواعد الشرع بالاعتبار أو تكون بحال لا تشهد عليها بالإبطال، إذا لم تشهد لها بالاعتبار، بمعنى أن تكون من المصالح المرسلة وهى التى سكت عنها الشرع، ولم يشهد لها بالاعتبار، ولا بالإلغاء، ولوحظ فيه جهة منفعة، فهذه يجوز العمل بها وإن لم يتقدمها نظير فى الشرع يشهد لها بالاعتبار، كما وقع لسيدنا أبى بكر الصديق فى توليته عهد الخلافة لعمر رضى الله عنهما، وكترك الخلافة شورى بين ستة، وكتدوين الدواوين، وضرب العملة واتخاذ السجون، وغير

ذلـــك كثير مما دعا إلى سنة تغير الأزمان والأحوال، ولم يتقدم فيه أمر من الشرع، وليس له نظير يلحق به، ولوحظ فيه جهة المصلحة(١).

(جـ) هل أخذ الفقهاء بالمصلحة المرسلة؟

والجـــواب: نعـــم، قـــد أخذ فقهاء المذاهب بالمصلحة المرســـلة، ولهـــم فـــتاوى كثـــيرة قامت على رعاية المصلحة وحدهـــا، وهذه الفتاوى لا يخلو منها مذهب من المذاهب، كما أشار إلى ذلك القرافى وابن دقيق العبد، حيث قال فيما نقله عنه الشوكانى فى إرشاد الفحول: الذى لا شك فيه أن لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء فى هذا النوع، ويليه أحمد ابن حنبل، ولا يكـــاد يخلـــو غـــيرهما مـــن اعتباره ولكن لهذين ترجيح فى الاستعمال له على غيرهما.

(د) شروط العمل بالمصلحة:

للعمل بالمصلحة شروط، بيانها كالتالى:

(١) أن تكـــون المصـــلحة حقيقة، لا وهمية، أى أن بناء الحكم عليها يجلب نفعاً، أو يدفع ضرراً، وكذلك كل مصلحة يريد الشارع تحقيقها.

(٢) أن تكـــون هذه المصلحة الحقيقة عامة، أى ليست مصلحة شخصـــية، وبناء الحكم عليها يجلب نفعاً لأغلب الناس، أو

---

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا ص٢٢٨.

يدفع ضرراً لأكثرهم.

(٣) أن تكـــون هـــذه المصلحة، لا يعارض الأخذ بها نصاً ولا إجماعـــاً، فـــإذا عارضت النص والإجماع فهى فى الغالب مصـــلحة وهمـــية، ولا يعدل عن المصلحة الحقيقية، التى ثبتت بالنص والإجماع إلى مصلحة وهمية.

(هـــ) عوامل تغير الأحكام:

لتغير الأحكام عوامل بيانها كما يلى:

(١) فساد الزمان، وانحراف أهله عن الجادة.

(٢) تغير العادات، وتبدل الأعراف، وتطور الزمن.

(و) فروع القاعدة:

(١) المدين ونفاذ تصرفاته:

إن المديـــن تـــنفذ تصرفاته فى أمواله، بالهبة والوقف وســـائر وجوه التبرع، ولو كانت ديونه مستغرقة لأمواله كلها، علـــى أساس أن الديون تتعلق بذمته، فتبقى أعيان أمواله حرة فيـــنفذ فـــيها تصرفه، وهذا مقتضى القواعد القياسية، ولكن لما فسد الزمان، وخربت الذمم، وكثر الطمع، وقل الورع، وأصبح المديـــنون يعمـــدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق، أفتى المتأخرون من فقهاء الحنفية، والحنابلة فى وجه عندهم[1] بعدم

---

(١) القواعد لابن رجب القاعدة الحادية عشر.

نفاذ هذه التصرفات من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله.

(٢) تضمين الساعى بالفساد:

وكذلك أفتى المتأخرون بتضمين الساعى بالفساد، لتبدل أحوال الناس، مع أن القاعدة : " أن الضمان على المباشر دون المتسبب" وهذا من باب الزجر للمفسدين فثبت بذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية مسايرة لمصالح الناس، لأنها لم تجئ أحكامها كلها ثابتة مستقرة بل من أحكامها ما يختلف باختلاف الأحوال والأعراف، والحاجة والمصلحة، ودفع الضرر والمشقة، والدليل على ذلك ما يلى:

(١) ما رواه الإمام أحمد والبخارى فى صحيحه رضى الله عنهما [قال على بن أبى طالب ﷺ وكرم الله وجهه – قلت يا رسول الله، إذا بعثتنى فى شئ أكون كالسكة المحماة، أم الشاهد يرى ما لا يرى الغائب، فقال ﷺ [بل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب] فهو يريد أن يستفسر من رسول الله ﷺ ، هل الحكم الشرعى يكون كالسكة المحماة أى العملة المضروبة للتعامل، لا تتغير فى ذاتها، فليس له اجتهاد، أو يجتهد حسب ما يرى؟[١] فأجابه ﷺ ، بأن الحكم يتغير بتغير الحال والزمان، فهذا يدل على تبدل الحكم بتبدل الزمان، وتغير الأحوال[٢].

---

(١) الفروق للقرافى جـ١ ص١٧٧.

(٢) الفكر الإسلامي فى تاريخ الفقه الإسلامي جـ٢ ص٢٤١.

(٢) لما قدم سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ إلى الشام ووجد معاوية بـن أبـى سـفيان قد اتخذ له حجاباً، واتخذ المراكب النفيسة، والثـياب الغالـية، وسلك مسلكاً لم يسلكه حكام المسلمين قبله، سـأله سـيدنا عمر ﷺ عن سبب ذلك فقال (إنا بأرض نحن محـتاجون فيها لهذا) فقال له: سيدناعمر ﷺ : [لا آمرك ولا أنهـاك] والمعـنى أنـت أعلم بحالك، هل أنت محتاج إلى هذا فـيكون حسناً، أو غير محتاج فيكون قبيحاً، فدل ذلك من سيدنا عمـر ﷺ ، وغيره على أن أحوال الأئمة وولاة الأمر، تختلف باخـتلاف الأعصـار والأمصـار والظروف والأحوال، لذلك يحـتاجون إلى تجديد زخارف، وسياسات لم تكن قديماً، وربما وجبت فى بعض الأحوال[١].

(٣) ثـم جـاء عصر الأئمة بعد التابعين، فسلكوا هذا المسلك الـنظر إلـى الأحكـام الـتى تثبت بالاجتهاد ومعللة بالعرف، ومراعاة المصالح والضرورات.

فأفـتوا بجـواز الاسـتئجار على تعليم القرآن الكريم لانقطـاع عطايـا المعلمين، التى كانت فى الصدر الأول ولو اشـتغل المعلمـون بالتعلـيم بلا أجرة لزم ضياعهم، وضياع عيالهم، ولو إشتغلوا بالإكتساب من حرفة وصناعة يلزم ضياع القرآن والدين.

---

(١) الفروق جـ٤ ص٢٠٣.

فأفـــتوا بجـــواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن، وكذلك الإمامـــة والآذان، مـــع أن هـــذا مخالف لما اتفق عليه الإمام أبوحنيفة وصاحباه رضى الله عنهم، وهو عدم جواز الاستئجار علـــى ذلـــك وأخذ الأجرة عليه، لأنه طاعة كبقية الطاعات من الصلاة والصوم والحج وقراءة القرآن، ونحو ذلك من الأحكام التى تغيرت لتغير العادات، وتطور الزمن.

(٤) ومـــنها: أن النـــبى ﷺ نهى عن كتابة حديثه، ثم انصرف الـــناس- العلمـــاء- إلى تدوين السنة بأمر سيدنا عمر بن عبد العزيز رحمه الله تعالى.

(٥) ومـــنها: كـــتابة القرآن الكريم فى الورق، ثم طباعته بعد ذلـــك، وإنشاء المدارس، ومراحل التعليم المختلفة، والجامعات بأنواعهـــا، وإنشـــاء المحـــاكم والمستشـــفيات، والـــوزارات المتخصصة، واعتبار عقد الملكية حين التسجيل، ولو لم يستلم المشـــترى العقار، أو يخليه له البائع ، كل ذلك يدل على مقدار احـــترام الفقهاء للعرف، وفهمهم أن القواعد الفقهية ما وضعت إلا لمصـــلحة الـــناس، وضبط معاملاتهم التى يجب أن تخضع لأعـــراف الناس، حتى لا يجمد الفقه أمام، ما يجد من حوادث بحسب اختلاف الأحوال، وتغير لزمن.

(٦) ومـــن الصـــور الـــتى تغير فيها الحكم تبعاً لتغير الزمن واختلاف أحوال الناس، أن المطلق فى زمن النبى ﷺ ، وزمن أبـــى بكـــر الصـــديق ﷺ ، وصدر من خلافة سيدنا عمر بن

الخطـــاب ﷺ ، إذا جمع الثلاث بلفظ واحد، فإنه يقع واحدة لما روى عـــن ابـــن عباس رضى الله عنهما قال: "طلق أبو ركانة امـــرأته فـــى مجلـــس واحـــد ثلاثاً، فحزن عليها، فقال رسول الله ﷺ : [فإنها واحدة] وفى وراية أبى داود :"فقال النبى ﷺ : راجع امرأتك فقال: إنى طلقتها ثلاثاً.قال:قد علمت فراجعها] [١] ثـــم ذهب عمر وابن عباس وعائشة والأئمة الأربعة رضى الله عـــنهم أجمعيـــن، إلى أنه يقع به الثلاث، وقد أمضى عمر ﷺ إيقـــاع الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث، ثلاثاً معللاً ذلك بقوله: إن الـــناس قـــد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة، فلو أمضيناه علـــيهم، فأمضـــاه عليهم[٢] وسيدنا عمر ﷺ لم يخف عليه أن الطـــلاق بلفـــظ الثلاث واحدة، هو السنة، وأنه توسعة من الله لعـــباده، وأن لفظ الحديث دليل على أن إرسال الثلاث فى لفظ واحـــد، يكون طلقة واحدة، وهذا الاحتمال هو الذى جرى عليه أهـــل الظاهـــر وقلدهم فيه فقهاء العصر الحاضر، ولكن سيدنا عمـــر ﷺ رأى أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق وكثر منهم ايقاعـــه جملة واحدة، فرأى من المصلحة عقوبتهم به، بإمضائه علـــيهم، ليعلموا أن واحداً منهم إذا أوقعه جملة بانت منه المرأة وحرمـــت عليه حتى تنكح زوجاً غيره[٣] وهذا الحكم الذى رآه

(١) سبل السلام جـــ٣ ص١٧٤.

(٢) أعلام الموقعين جـــ٣ ص٤١-٤٢ ط دار الفكر بيروت.

(٣) أثر العرف فى التشريع الإسلامي للدكتور/ سيد صالح ص١١٥.

أمـــير المؤمنيـــن سيدنا عمر ﷺ ، كان القصد منه، أن يكون زجـــراً عن الاسترسال فى الطلاق الذى تتابع الناس فيه، وقد تحقـــق المقصود من ذلك فى زمن سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ لأن الناس فى زمنه قد تلاعبوا بألفاظ الطلاق وطلقوا على غير السـنة فألزمهم سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ عقوبة لهم، على ما فعلـــوا ، وهذا وقد رأى كثير من الفقهاء أن الأمور قد تغيرت ولـــم يعد هذا التقييد فى الطلاق مفيداً، فيجب أن تعودا الفتوى، إلى ما كانت عليه فى عهد رسول الله ﷺ ، وقلدوا فى ذلك أهل الظاهر(١).

(٧) ومن ذلك، أن ظاهر الرواية عند الحنفية: أنه يجوز للمرأة أن تـــزوج نفســـها من غير ولى، وفيه قول ضعيف وهو: أن المرأة لا تزوج نفسها إلا بولى، فلما رأ المتأخرون فساد الومان وتغير الأحوال أفتوا بعدم صحة النكاح المرأة إلا بولى فى غير كـــفء ، فالأحكام الشرعية باقية بالنسبة للوقائع والحوادث بلا رفـــع ولا تغيـــير، وإنما الذى تبدل وتغير هو مناط الحكم فإذا ارتفع المناط، ارتفع الحكم لعدم مناسبته، وملاءمته.

أنواع الأحكام: الأحكام نوعان: بيانهما كما يلى:

الـــنوع الأول: نـــوع لا يتغـــير عن حالة واحدة، هو عليها لا بحسب الأزمنة والأمكنة، ولا اجتهاد الأئمة كوجوب الواجبات،

---

(١) زاد المعاد جـــ٢ ص٧٣.

وتحـــريم المحـــرمات، والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم، وتجـــو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد مخالف لما وضع له.

الـــنوع الـــثاني: نوع يتغير بحسب المصلحة، فشرع التعزير بالقـــتل لمدمـــن الخمر فى المرة الرابعة، وعزم بحرق البيوت علـــى المـــتخلف عن حضور الجماعة لولا ما منعه من تعدى العقوبـــة إلـــى غـــير من يستحقها من النساء والذرية، وعزر بالعقوبـــات المالـــية فـــى عدة مواضع، وعدة مسائل، وكذلك أصـــحابه ﷺ تنوعوا فى التعزيرات بعده، فكان سيدنا عمر بن الخطـــاب ﷺ يحلق الرأس، وينفى، ويضرب، ويحرق حوانيت الخماريـــن، والقرى التى تباع فيها الخمر، وحرق قصر سيدنا سعد بن ابى وقاص فى الكوفة، لما احتجب عن الرعية، وكان له ﷺ فى التعزير اجتهاد، وافقه عليه الصحابة بكمال نصحه، ووفـــور علمه، وحسن اختياره للأمة، وحدوث أسباب اقتضت تعزيره بما يردعهم، لم يكن مثلها فى زمن رسول الله ﷺ ، أو كانـــت، ولكن الناس زادوا عليها، وتتابعوا فيها، فقد زاد سيدنا عمـــر ﷺ فـــى حد الخمر، لما زادوا فى شربها، وتتابعوا فيه، عما كان عليه الحال فى عهد رسول الله ﷺ ، فجعل سيدنا عمر حـــد الخمر ثمانين ونفى فيه، وهذا باب واسع وقع فيه الاشتباه

على كثير من الناس، تبعاً لاختلاف المصالح، وجوداً وعدماً[1].

(٨) ومـــن الفـــروع أيضـــاً أن الإمام مالك ﷺ قال: بأنه يلزم الزوج بنفقة العرس، إذا كان العرف قد جرى بذلك، ولا يلزمه شئ منه، إذا لم يجر به عرف، ولما تحاكم الغزالون إلى شريح القاضي وقالوا له: إن سنتنا بيننا كذا وكذا قال: سنتكم بينكم أى أن سنتكم هى القاضية بينكم[2].

والذى جعل العرف يكتسب هذه الأهمية، وأن العرف لا تغـــنى عنه نصوص الأحكام المطلقة، والتى ترك التفصيل فيها للعرف، مثل وجوب النفقة، وتعجيل المهر، أو تأجيله فى النكاح وغـــيرها،وكذلك فإن العرف تولده الحاجات المتجددة المتطورة فـــى علاقـــات الناس ومعاملاتهم التى تجرى بينهم، ولابد منها ليستطيعوا مواجهة أمور الحياة.

قـــال ابـــن القـــيم:" فإياك أن تهمل قصد المتكلم ونيته، وعـــرفه فتجـــنى على الشريعة وتنسب إليه ما هى بريئة منه، وتلزم الحالف والناذر والعاقد، ما لم يلزمه الله ورسوله به"[3].

---

(١) إغاثة اللهفان من مكايد الشيطان جـــ١ ص٣٤٦ وما بعدها.

(٢) تبصرة الحكام جـــ٢ ص٦٦.

(٣) المصدر السابق.

المبحث الثالث عشر

فى المسائل المتفرقة من الجزء الأول وبيانها كالتالى

****

المسألة الأولى: الجمع بين روايات البسملة والحمدلة المتعارضة.

المسألة الثانية: تعريف الدين والملة ونحو ذلك.

المسألة الثالثة: فى الفرق بين النبى والرسول.

المسألة الرابعة: الفرق بين القضاء والقدر.

المسألة الخامسة: أنواع الفقه والعلوم.

المسألة السادسة: كيفية صلاة التسبيح.

المسألة السابعة: الأصل براءة الذمة.

المسألة الثامنة: من شك أفعل شيئاً أم لا الخ.

المسألة التاسعة: من تيقن الفعل وشك فى القليل..الخ.

المسألة العاشرة: الأصل فى الحقوق العدم.

المسألة الحادية عشر: الأصل فى الإبضاع التحريم.

المبحث الثالث عشر

فى المسائل المتفرقة من الجزء الأول

****

المسألة الأولى: الجمع بين روايات البسملة والحمدلة المتعارضة:

البسملة: هى: بسم الله الرحمن الرحيم ، والحمدلة: هى: الحمـــد لله، والابـــتداء بالبســـملة، ثم بالحمد لله، اقتداء بالكتاب العزيـــز، وعمـــلاً بخبر " كل أمر ذى بال لا يبدأ فيه ببسم الله الرحمن الرحيم فهو أقطع" أى ناقص وقليل البركة، وفى رواية لأبـــى داود " بالحمد لله" فجمع بين الابتداءين عملاً بالروايتين، وإشارة إلى أنه لا تعارض بينهما، إذ الابتداء حقيقى وإضافى، فالابـــتداء الحقـــيقى حصـــل بالبسملة ، والإضافى بالحمدلة ، ويستحب اقتران النية بالبسملة فى الوضوء والغسل، لقاعدة : " ما أولـــه من العبادات ذكر وجب اقترانها بكل اللفظ" وإذا تلفظ الجنب بها، فإن قصد الذكر فقط جاز أما إذا قصد القراءة فقط، أو قصد الذكر والقراءة معاً حرم، وإذا أطلق فلا يحرم لقاعدة: مقاصـــد اللفظ على نية اللافظ ، وإذا أتى بها واحد من الآكلين أجـــراً عـــنهم، وفـــى ذلك ضابط: وهو إنه ليس لنا سنة على الكفايـــة، إلا ابتداء السلام، والتسمية والأضحية، ومعنى، باسم، أى أفتـــتح أو ابتدئ أو غير ذلك، والله، علم على الذات واجبة الوجود، المستحق لجميع الكمالات لذاته، وعلى أرجح الأقوال:

أن لفــظ الله، هــو اسمه الأعظم، الذى إذا دعى به أجاب وإذا سئل به أعطى، وأما عدم الاستجابة لكثير من الناس مع الدعاء بــه، فلعدم استجماعهم لشرائط الدعاء، وقيل: إن الاسم الأعظم فــى حــق كــل أحد ما فتح له باب الإجابة، وقيل مخفى كليلة القــدر، أخفاه سبحانه ليدعى بجميع أسمائه، ومعنى: الرحمن: اســم عام يختص به سبحانه، ومعناه: كثير الرحمة، ويحرم أن يســمى بــه غيره، والرحيم: هو ذو الرحمة الكثيرة، والرحمن أبلــغ مــن الرحيم من حيث المعنى، لأن زيادة البناء تدل على زيادة المعنى غالباً فلا تقص بحذر الأبلغ من حاذر، والحمد هو لغــة: الثناء، واصطلاحاً: فعل ينبئ عن تعظيم المنعم لانعامه قــولاً أو فعــلاً، أو اعتقاداً، والثناء: هو الذكر بخير، والفعل: المــراد بــه الانفعــال فيشمل الحمد اللسانى، والحمد الجنائى، والقول: ذكر اللسان، والفعل: هى الخدمة بالجوارح، والاعتقاد: هــى المحــبة والتصميم بالجنان وهو القلب بأن يعتقد اتصاف المــنعم بصفات الكمال، فمورد الحمد اللغوى هو اللسان وحده، ومــتلعلقه يعم النعمة وغيرها، ومورد الحمد الاصطلاحى يعم اللســان وغــيره ومتعلقه النعمة وحدها ، فاللغوى أعم باعتبار المتعلق، وأخص باعتبار المورد، والاصطلاحى بالعكس، وبدأ بــالحمد لله أى بمســماها، وهو الحمد لله، بدء إضافياً، كما بدأ بالبسملة، وهى بسم الله الرحمن الرحيم بدءاً حقيقياً، والفرق بين البدأيــن أن الحقيقى ما لم يتقدم عليه شئ أصلاً، والإضافى ما

تقدم أمام المقصود، ومعنى كل أمر ذى بال، أى حال يهتم به، وفـــى رواية: كل كلام، والأمر: أعم من الكلام، لأنه قد يكون فعـــلاً كالتأليف فلذا آثر روايته، وقوله: تهتم به أى حال شرعاً بـــأن لا يكون من سفاسف الأمور، وليس محرماً ولا مكروهاً كلـــبس الـــثعل والبصـــاق والمخـــاط، والمحرم لذاته كالزنا، والمكـــروه لذاتـــه كالنظر إلى فرج زوجته بلا حاجة فلا تسن البسملة فى الكل، وكذا الحمدلة وفى وراية " بذكر الله: أى بأى ذكـــر كان، والجمع هو أن المراد بالحمد ما هو أعم من لفظه، ولـــيس القصـــد خصوص لفظه، فلا تنافى بين روايتي: الحمد والبسملة، أو يحمل المقيد على المطلق أعنى إلغاء القيد واعتبار المطلـــق والصـــحيح: أن المقـــيد إذا تأخر عن وقت الخطاب بـــالمطلق دون العمل ، أو تأخر المطلق عن المقيد مطلقاً ، أو تقارنا، أو جهل تاريخهما، يحمل المطلق على المقيد جمعاً بين الدليلين[1].

المسألة الثانية : تعريف الدين والملة ونحو ذلك:-

(١) الدين:ما يتدين به الإنسان: وهو اسم لجميع ما يعبد به الله. ويـــأتى بمعنى الملة:ومنه قوله تعالى:﴿ وَذَٰلِكَ دِينُ ٱلۡقَيِّمَةِ ﴾ [2].

---

(١) الفوائـــد الجنية ، حاشية المواهب السنية شرح الفوائد البهية فى نظم القواعد الفقهـــية فى الأشباه والنظائر مذهب الشافعية لمحمد ياسين بن عيسى الفادانى المكى حـــ١ ص٢٥ ، ٣٤، ط دار البشائر الإسلامية.

(٢) من الآية رقم (٥) من سورة البينة .

أى الملـــة المســـتقيمة ويـــأتى بمعـــنى الإســـلام وفى القرآن المجيد: ﴿أَفَغَيْرَ دِينِ اللَّهِ يَبْغُونَ وَلَهُ أَسْلَمَ مَنْ فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعاً وَكَرْهاً وَإِلَيْهِ يُرْجَعُونَ﴾ (١)، يعنى الإسلام. والدين : الاعتقاد بالجنان ، والإقرار باللسان ، وعمل الجوارح بالأركان ، والدين : الـــورع والقضـــاء والحكم، والجزاء ، والمكافأة، والطاعة، والسيرة والعادة ، والملك. ويوم الدين : يوم القيامة. والديان : اسم من أسماء الله ﷻ ، وهو المجازى بالخير والشر والقاضى والحـــاكم. وشـــرعا: هـــو وضـــع إلهى سائق لأولى الألباب باختيارهم المجهود إلى ما هو خير لهم بالذات ويتناول: الأصل والفـــرع(٢)، والديـــن ، والملـــة: مـــتحدان بالذات ، ومختلفان بالاعتبار، فإن الشريعة من حيث إنها تطاع تسمى : ديناً. ومن حيث إنها تجمع ، تسمى ملة. ومن حيث إنها يرجع إليها تسمى مذهباً.

وقـــيل : الديـــن منسوب على الله. والملة : منسوبة إلى الرسول. والمذهب : منسوب إلى المجتهد(٣).

ومعـــنى (وضـــع) مصدر بمعنى اسم المفعول أى شيئ موضـــوع حكماً وقولـــه (إلهى) منسوب إلى الإله. وخرج به الوضع البشرى ظاهراً ، وإلا فالواضع: حقيقة هو الله سبحانه

---

(١) الآية رقم (٨٣) من سورة آل عمران.

(٢) القاموس الفقهى ص١٣٣-١٣٤.

(٣) التعريفات ص ١٤١-١٤٢.

وذلك كالقوانين التى يرجع إليها سياسة العالم كحسن العشرة مع الأخوان ، وعلم إصلاح المنزل. وقوله (سائق لذوى العقول) أى باعث وحامل لأصحاب المدارك السليمة من الكفر. وقوله: (باختـــيارهم المحمود) قيد خرج به الأوضاع السائقة لهم بدون اختـــيارهم كالآلام االسائقه للأنين رغماً ، أو باختيارهم المذموم كحـــب الدنـــيا الســـائق إلى منع الزكاة. وخرج بالقيد السابق الأوضاع الطبيعية التى بها يهتدى الحيوانات، فلا يسمى جميع ذلـــك ديناً. وقوله: (إلى ما هو خير لهم بالذات) الخير الذاتى عبارة عن السعادة الأبدية ، والقرب من رب البرية[1].

المسألة الثالثة: الفرق بين النبى والرسول:

(١) النـــبى : هـــو إنسان ، حر، ذكر، وأكمل معاصريه غير الأنبياء أوحى إليه بشرع، ولم يؤمر بتبليغه. وبيان ذلك:

(إنسان) خرج به بقية الحيوانات ، فليس فى كل منها رسول، ولا نـــبى وكذا خرج به الملائكة والجن. وقوله: (حر) قيد خرج به الرقيق ، ولا يرد به لقمان ، لأنه لم يكن نبياً ، بل قـــد ورد أنه كان تلميذاً لألف نبى. قوله : (ذكر) قيد خرج بـــه أنثى. وقولـــه : (أكمل معاصرية) أى أكمل فى زمنه مـــن غير الأنبياء ، عقلاً وفطنة، وقوة رأى ، وخَلْقاً بفتح الخـــاء، وخُلُقاً – بضمها– ولم يؤمر بتبليغه) أى ولم يأمره

---

(١) الفوائد الجنية :حــ١ ص٤٢.

الله بتبليغ الشرع الذى أوحى إليه. وهذا القيد لاخراج الرسول.

(٢) الرسول: هو إنسان، حر، ذكر ، وأكمل معاصرية غير الأنبياء أوحى إليه بشرع وأمر بتبليغه، ولو مات قبل التبليغ كبعض أنبياء بنى إسرائيل. والمشهور: أن بين النبى والرسول ، عموماً وخصوصاً مطلقاً أى كل رسول نبى، ولا عكس. والنبوة : قول الله تعالى لعبد من عباده: أنت نبى. وإلا فحقيقة النبوة. اختصاص العبد بسماع وحى من الله تعالى بحكم شرعى تكليفى، سواء أمر بتبليغه أم لا. وهكذا الرسالة لكن بشرط أن يؤمر بالتبليغ. والنبوة والرسالة لا تحصل بتصفية : أى لا تحصل كل منهما بتصفية النفس من الرذائل إجماعاً بل هما حصصه من الله تعالى لا يبلغ العبد يكسبها. بخلاف الولاية ، فإنه تحصل للعبد بتخليه من الأمور الرذيلة ، وتحليه بالأخلاق الجميلة[1].

المسالة الرابعة: الفرق بين القضاء والقدر:-

(١) القدر: القضاء الموفق، يقال : قدر الإله كذا تقريراً ، وإذا وافق الشيئ الشيئ قلت: جاءه قدره. والقدر والقَدَر : القضاء والحكم ، وهو ما يقدره الله ﷻ من القضاء ، ويحكم

(١) الفوائد الجنية حـ١ ص٥٢-٥٣.

بــه من الأمور. والجمع: أقدار. وقيل: القدر: الاسم. والقَدْر المصدر[1].

(٢) **القضاء**: الحكم. والجمع: الأقضية أو القضايا. والقضايا. والقاضـــى معـــناه فـــى اللغة : القاطع للأمور المحكم لها. والقضاء يأتى بمعنى القطع والفصل ، وقضاء الشيئ أحكامه وإمضـــاؤه ، والفراغ منه، والخلق ، وكل ما أحكم عمله أو أتم ، أو ختم ، أو أدّى أداء ، أو أوجب ، أو أعلم، أو أنفذ ، أو أمضى فقد قضى.

والمـــراد بـــالقدر: القدير. وبالقضاء : الخلق. فالقضاء والقـــدر أمـــران متلازمان، لا ينفك أحدهما عن الآخر ، لأن أحدهما بمنزلة الأساس ، وهو القدر، والآخر بمنزلة البناء وهو القضاء فمن رام الفصل بينهما فقد رام هدم البناء ونقضه[2].

(٣) الفرق بينهما:-

القدر: تعلق الإرادة الذاتية بالأشياء فى أوقاتها الخاصة، فتعلـــيق كل حال من أحوال الأعيان بزمان معين وسبب معين عـــبارة عـــن القدر. وخروج الممكنات من العدم إلى الوجود ، واحداً بعد واحد، مطابقاً للقضاء: والقضاء فى الأزل ، والقدر ممـــا لا يـــزال. والقضاء: وجود جميع الموجودات فى اللوح المحفـــوظ مجـــتمعة. والقدر: وجودها متفرقة فى الأعيان بعد

(١) لسان العرب حـــ٥ ص٣٥٤٥.

(٢) لسان العرب حـــ٥ ص٣٦٦٥.

حصول شرائطها[1].

والقضـــاء: عـــبارة عن الحكم الكلى الإلهى فى أعيان الموجـــودات على ما هى عليه من الأحوال الجارية فى الأزل إلى الأبد[2]، والقضاء : إرادة جميع الموجودات فى اللوح. أى إرادة الله ﷻ الأشياء فى الأزل على ما هى فيما لا يزال ، فهو من صفات الذات. والقدر: إيجاد جميع المخلوقات فى الخارج ، على قدر مخصوص ، ووجه معين إرادة الله تعالى فيرجع إلى صـــفة فعـــل، لأنـــه عبارة عن الإيجاد، والإيجاد من صفات الأفعال.

أيهما أسبق؟

قيل القضاء سابق على القدر. وقيل: القدر سابق ، على معنى أن القدر عبارة عن تعلق علم الله وإرادته أزلاً بالكائنات قبل وجودها، فلا حادث إلا وقد قدره الله ﷻ أى سبق علمه به، وتعلقـــت بـــه إرادته. وإبراز الكائنات فيما لا يزال على وفق المقدر هو القضاء[3]، والقضاء فى مذهب أهل الحق أن الله ﷻ قـــدر الأشـــياء فـــى القدم ، وعلم سبحانه أنها ستقع فى أوقات معلومـــة عـــنده سبحانه ، وعلى صفات مخصوصة، فهى تقع علـــى حســـب مـــا قدرها سبحانه. والقضاء: هو الحكم الكلى

---

(١) التعريفات ص٢٢٠.

(٢) التعريفات ص٢٢٥.

(٣) الفوائد الجنية جـ١ ص٧٨-٧٩.

الإجمـــالى فـــى الأزل. والقـــدر : فهـــو جزئيات ذلك الحكم وتفاصيله. وقد يحسب كثير من الناس أن معنى القضاء والقدر، إجـــبار الله ﷻ العبد، وقهره على ما قدره وقضاه، وليس الأمر علـــى مـــا يتوهمونه، وإنما معناه الإخبار عن تقدم علم ﷻ بما يكـــون من اكتساب العبد ، وصدور أفعاله ، عن تقدير من الله تعالى، وخلق لها خيرها وشرها(١).

المسألة الخامسة: أنواع الفقه، والعلوم:-

(أ) أنواع الفقه:-

(١) معـــرفة أحكـــام الحـــوادث ، نصاً ، واستنباطاً ، والمراد بالـــنص ، مـــا نص عليه الكتاب، أو السنة صراحة. والمراد بالاســـتنباط : ما استفيد من الأدلة الشرعية بالقياس والقواعد. ويطلق النص أيضاً على ما نص عليه الإمام المجتهد ، ويطلق الاستنباط أيضا على ما استنبطه أصحاب الأئمة المجتهدين من نصـــوص الإمام أو من قواعده ، وضوابطه ، وعلى المذكور مـــن معـــرفة الحـــوادث ، وأحكامهـــا ، صـــنف أتباع الأئمة المجتهدين(٢).

(٢) معرفة الجمع والفرق(٣).

والمـــراد معـــرفة ما يجتمع مع آخر فى حكم ، ويفترق

---

(١) القاموس الفقهى ص٢٩٦.

(٢) الفوائد الجنية حـــ١ ص٩٧.

(٣) المرجعين والموضعين السابقين.

معه فى حكم آخر، والمراد بالفرق : هى معرفة الأمور الفارقة بين مسألتين متشابهتين بحيث لا تسوى بينهما فى الحكم وعلى الفروق كان أكثر مناظرات السلف ، حتى قال بعضهم : معظم معرفة الفرق بين مسألتين متشابهتين حيث يحكم لإحداهما بحكم خـــلاف حكـــم الأخـــرى مثال الفرق: لو بلغ الصبى بعد فعل الصـــلاة ، أجـــزائه ، دون الحج والهمزة. والفرق أنه مأمور بالصـــلاة مضـــروب عليها، بخلاف الحج، وأن الحج لما كان وجوبـــه فى العمر مرة واحدة اشترط وقوعه فى حال الكمال، بخـــلاف الصلاة. ومثال الجمع: أى بين المسألتين أو المسائل بـــان يحكـــم علـــيهما أو عليهم بحكم واحد: من نسى صلاة أو صـــوماً أو حجاً أو زكاة أو كفارة وجب تداركه بالقضاء ، بلا خلاف.

(٣) بناء المسائل:-

والمراد بناء المسائل بعضها على بعض ، كالقولين على القوليـــن، أو بناء الوجهين على القولين ، أو بناء الوجهين على الوجهين. فمثال بناء القولين على القولين: بشرة المحارم بنسب أو رضـــاع ، أو مصـــاهرة، فمسها لا ينقض الوضوء ، لأنها ليســـت مظنة الشهوة بالنسبة إليه كالرجل. ومثال بناء الوجهين علـــى القولين : جلد الميتة إذا دبغ هل تصح الصلاة فيه، وهل يـــباع ويســـتعمل فى الشيئ الرطب وجهان: بناء على قولين: أحدهمـــا : لا بـــناءً علـــى أن آله الدبغ لا تصل إلى الباطن.

والـــثانى: كالـــثوب المتنجس بناءً على المشهور من أن الباطن يطهر كالظاهر، وآلة الدبغ تصل إليه بواسطة الماء، أو رطوبة الجلـــد. ومـــثال بناء الوجهين على الوجهين: تقطير الماء على الرأس ، أو التعرض للمطر هل يجزئ أم لا؟.

الأصـــح الإجـــراء ، بناءً على جواز الغسل، لأنه مسح وزيادة فأجـــزأ بطـــريق الأولـــى. والـــثانى لا بناءً على أنه لا يسمى مسحاً[1].

(٤) المطارحات:-

والمطارحـــات : جمـــع مطارحة، وهى أن يطرح أحد العالمين على الآخر مسألة، فيتكلمان فيها شفاهيا، وهى مسائل عســـرة المعنى ، يقصدون بها تشحيذ أى تحديد الأذهان ويلحق بهذا النوع: المناظرات والمراسلات والغريبات التى تحكى عن الأئمة.

مـــثال ذلك: رجل غصب جارية وباعها وأحبلها المشترى، ثم استحقها المغصوب منه، ووردت عليه، ثم ماتت فى الولادة.

الجواب: إن كان المشترى عالماً بالغصب لم يضمن الجارية ؛ لأن الولـــد الـــذى تلده لا يلحقه ، ولا يصح أن يقال: ماتت من ولادة الولد الذى منه. وإن كان المشترى غير عالم ضمن قيمة الجارية فى ماله لأنه إذا لم يكن عالماً بالغصب فالولد لاحق به

(١) الفوائد الجنية حـــ١ ص١٠٠-١٠١.

، فيصـــح أن يقال ماتت من الولادة التى كانت منه. وفى ذلك قـــول آخـــر: إن قيمة الجارية على عاقلته. وفى المطارحات : رجل فى يده قميص ، قال: خاطه لى فلان، فقال فلان: بل هذا قميصى ، إن القول: قول: من فى يده القميص ، إلا أن يقول : أخذتـــه من هذا الخياط حينئذ. ومن هذا الخياط حينئذ. والفرق أنـــه فى الأول يحتمل أن يكون خاطه فى يده أو داره، فيكون الخياط مدعياً ، والقول لصاحب اليد، بخلاف ما إذا قال: أخذته من هذا الخياط، فإنه مقر للخياط باليد(١).

(٥) المغالطات:-

المغالطـــات : جمع مغالطة ، وهى مسائل فقهية، يلقيها العالم على شخص ، أو جماعة لقصد الاختبار وإيقاع الغلط فى الجـــواب. بـــأن كـــان الحكم فيها بالتفصيل فيجاب بعدمه، أو العكـــس. فمن ذلك : رجل غصب حنطة فى زمن الغلاء، وفى زمن الرخصة طالبه المالك ، فهل يطالب بالمثل أو القيمة؟ فمن قال أنه يطالب بالمثل فقد غلط ومن قال: أنه يطالب بالقيمة فقد غلـــط ، لأن فـــى المســـألة تفصيلاً. وهو أنه يطالب إذا تلفت الحنطة في يده كما هى قبل الطحن ، كما إذا احترقت ، وجب المـــثل ، وإن طحـــن وعجـــن وخبز وأكل فعليه القيمة ، لأن الطحن والعجن والخبز من ذوات القيم(٢).

---

(١) الفوائد الجنية حـــ١ ص١٠٢.

(٢) المرجع السابق حـــ١ ص١٠٣

(٦) الدوريات:

وهى المسائل التى يدور تصحيح القول فيها إلى إفساده ، وإثباته إلى نفيه وهى على قسمين : حكمية ولفظية.

الأولى : الحكمية: وهى ما نشأ الدور فيه من حكم الشرع.

الثانية : اللفظية: وهى ما نشأ من لفظة يذكرها الشخص وأكثر مـــا تقــع فى مسائل الوصايا والعتق، والطلاق ، والعتق فمثال الأولـــى: أن يأذن لعبده أن يتزوج بألف، وضمن السيد الألف، ثـــم باع العبد من الزوجة قبل الدخول، بتلك الألف بعينها ، لم يصـــح البـــيع، لأننا لو صححنا البيع ملكته ، وإذا ملكته بطل النكاح ، وإذا بطل النكاح من قبلها سقط المهر، وإذا سقط المهر بطل الثمن وإذا بطل الثمن المعقود عليه بعينه بطل البيع ، ففى إجـــازة البـــيع إبطاله. ومثال الثانية: أن يقول لها إن طلقتك ، فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم طلقها، فثلاثة أوجه:-

أحدهما: لا يقع عليها طلاق أصلا، عملاً بالدور وتصحيحاً له ، لأنـــه لـــو وقع المنجز ، لوقع قبله ثلاثة وحينئذ فلا يقع المنجز للبينونة ، فلا تقع الثلاثة لعدم شرطه وهو التطليق.

الثانى: يقع المنجز فقط.

الثالث: يقع ثلاث تطليقات: المنجزة ، وطلقتان من المعلق ، إن كانت مدخولاً بها[1].

---

(١) المصدر السابق حـــ١ ص١٠٣.

(٧) الألغاز :

الألغــاز : جمــع لغــز – بضـــم اللام وسكون الغين المعجمة: وفتحها أو ضمها، وهو الكلام المعمى أى المحصول فيه التعمية والخفاء ، وهذا النوع يقوى العقل على التمرن. من ذلك قول الملغز : أى شخص لزمه قضاء سنين عديدة. بموت غيره. فقل: أم ولد ، مات سيدها ببلد أخرى، ولم تعلم بموته إلا بعد مدة، وهى تصلى مكشوفة الرأس ، فإن هذه الصلاة تبطل ما لم تستتر فوراً بلا أفعال كثيرة،وإلا فلا بطلان: ومنه قوله : أى شــيئ يــتلفه المحــرم ولزمه قيمتان: فعل : المحرم الذى استعار صيداً ، وأتلفه ، لزمه قيمة لمالكه، ومثله من النعم لحق الله تعالى[1].

٨- الحيل :

والحــيل : جمــع حــيلة، وهى الحذف فى تدبير المور وجــودة الــنظر، وتقليــب الفكر ، حتى يهتدى إلى المقصود والمراد بالحيل فى علم الفقه: ما يكون مخلصا شرعاً لمن ابتلى بحادثة دينية ، ولكون المخلص من ذلك لا يدرك إلا بالحذف ، وجــوده النظر أطلق عليه لفظ الحيلة، ومذهبنا فيها أن ما قصد التوصل به إليه من حيث ذاته، لا من حيث كونه حراماً، جائز بــلا كراهة، والإكره إلا أن يحرم طريقة فيحرَّم كتعدى اليهود

---

(١) الفوائد الجنية حــ١ ص١٠٤.

فى السبت. فإن القصد منهم الاستيلاء على الصيد فيه ودخوله فى حفرهم التى هيؤها له قبل يوم السبت استيلاءً منهم عليه فيه فلم تفدهم الحيلة شيئاً ، من ذلك: بيع الذهب بالذهب متفاضلاً ، والحـــيلة فيه أن يبيعه من صاحبه بدراهم أو عرْض، ويشترى مـــنه بهـــا الذهب بعد التقابض فيجوز ولو اتخذه عادة وإن لم يتفرقا ولم يتخابرا ، وذلك لنضمن البيع(١).

(٩) معرفة الأفراد :-

وهـــو معرفة ما لكل من الأصحاب ، أى ما قال كل من أصـــحاب الإمـــام التابعين له فى مذهبه وتحصل ذلك بمطالعة أمهات الكتب فى كل مذهب.

(١٠) معرفة الضوابط:

معـــرفة الضـــوابط التى تجمع فروعاً من باب واحد ، والقواعـــد: الـــتى تـــرد الأصول والفروع إليها ، ومعنى رد الأصـــول إليها ، اشتمال كل قاعدة على قواعد تحتها ، ومعنى رد الفروع إليها، أى استخراجها منها، وهذا النوع أنفع الأنواع للمـــدرس والقاضى والمفتى ، وأعمها نفعاً للطلبة، وبمزاولة التخريج على تلك القواعد ، يرتقى الفقه، والفقية، أى المجتهد ، لمراتـــب الاجتهاد ، والاجتهاد: هو ملكة تحصل للإنسان يقتدر بهـــا علـــى استنباط الأحكام. والمتصف به يقال له : المجتهد

(١) المصدر السابق ص١٠٤.

والفقـــية ولـــه مراتب: أعلاها ، المجتهد المطلق ، وهو العالم بالفقـــه أصلاً وفرعاً ، وخلافاً ، ومذهباً ، وبما يحتاج إليه فى اســـتنباط الأحكـــام من النحو واللغة ومعرفة الرواة ، وتفسير الآيات الواردة فى الأحكام.

ويليه مجتهد المذهب : وهو المتمكن من تخريج الوجوه الـــتى يـــبديها على نصوص إمامه فى المسائل ويليه : مجتهد الفـــتوى: وهو المتبحر فى مذهب إمامه ، المتمكن من ترجيح بعـــض أقواله على بعض حيث أطلقت. ومعرفة الضوابط هى أصـــول الفقه على الحقيقة ، وليست من أنواع الفقه، لضبطها شوارد الفروع المنصوصة والمستخرجة إلا أنه اشتهر عرفاً ، إطـــلاق علم أصول الفقه على القواعد التى تعين المجتهد على استنباط الأحكام من مصادرها ، وهذه يقال لها: علم القواعد أو علم الأشباه والنظائر الفقهية ، كما تقدم(١).

(ب) أنواع العلوم:

العلوم ثلاثة : بيانها كالتالى:-

(١) علم نضج وما احترق:

والمراد : علم كثر العلماء مزوالته بالتدريس والتصنيف ، ولم يزالوا كذلك ، وهو علم النحو ، والمراد به ما يشمل علم الصـــرف والأصـــول أى أصـــول الكلام ، وهو علم التوحيد،

---

(١) الفوائد الجنية حـــ١ ص١٠٥-١٠٦

وأصول الفقه الشامل للقواعد الفقهية.

(٢) علم لا نضج ولا احترف:-

أى قلـت مزاولته بالتدريس والتصنيف ، ولم يزل قليلاً وهـو علـم البـيان، والمراد به علم البلاغة الشامل للثلاثة : المعانى ، والبديع ، والبيان. وعلم التفسير كذلك.

(٣) علم نضج واحترف:

أى كثر العلماء مزاولته بالتصسيف والتدريس ، وقل ذلك فى الأعصار المتأخرة ، وهو علم الفقه والحديث.

وينبغى أن يكون الإنسان فى الفقه جيداً بحيث يرجع إليه فـى حل المعضلات ، وفى الأصول مدركاً إدراكاً كثيراً بحيث يفوق أقرانه ، ليتمكن له من استخراج الفروع من القواعد، وفى بقـية العلـوم مشاركاً أى مساوياً لأقرانه فى معارفهم. وقياس المسـائل بـنظائرها فـى الحكـم أولى من اختراع حكم لها مستقل[1].

المسألة السادسة : كيفية صلاة التسبيح:-

صـلاة التسبيح : هى عبارة عن أربع ركعات ، وتقرأ فـى كل ركعة الفاتحة والسورة ، فإذا فرغت من القراءة أول ركعة تقول وأنت قائم: سبحان الله ، والحمد لله ، ولا إله إلا الله ، والله أكبر ، خمسة عشر مرة ، ثم تركع وتقولها وأنت راكع

---

(١) الفوائد الجنية حـ١ ص١٠٦-١٠٧.

عشر مرات. ثم ترفع من الركوع فتقولها وأنت معتدل عشرا. ثـــم تســـجد فتقولها عشرا. ثم ترفع من السجود فتقولها جالساً عشـــرا ، ثـــم تسجد فتقولها وأنت ساجد عشراً ، ثم ترفع من الســـجود فتقولها عشراً ، فذلك خمس وسبعون فى كل ركعة ، تفعل ذلك فى أربع ركعات[١].

المسألة السابعة: قاعدة : " الأصل براءة الذمة:

(أ) معنى القاعدة فى اللغة:

(١) معنى الأصل فى اللغة:

الأصل : أساس الشيئ الذى يقوم عليه. وجمعه : أصول والأصل : منشأ الشيى الذى يثبت منه. والأصل : كرم النسب والحسب ، والفصل ، والعقل[٢].

(٢) معنى الأصل فى الشرع:

الأصل فى الشرع يرد بمعان متباينة : منها: عبارة عما يبـــنى عليه غيره، ولا يبنى هو على غيره. أو ما يثبت حكمه بنفسه ويبنى عليه غيره. ويرد بمعنى الراجح، والمستصحب ، والظاهر، والدليل ، والتعبد ، والغالب ، والمخرج[٣].

(٣) معنى الإبراء: لغة وشرعاً:

(أ) معـــنى الإبـــراء لغـــة: الـــبراءة: الأعـــذار والإنذار. قال

---

(١) الفوائد الجنية حـــ١ ص١٤٩.

(٢) القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً ص٢٠، التعريفات ص٤٥.

(٣)القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً ص٢٠، التعريفات ص٤٥.

تعـــالى: ﴿ بَـرَاءَةٌ مِـنَ اللَّـهِ وَرَسُـولِهِ إِلَـى الَّذِيـنَ عَـاهَدْتُمْ مِـنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ [١]، وبـــرأ الله الخلق : خلقهم . وبرئ المريض : شـــفى وتخلـــص مما به والجمع : أبرياء. وهو لا يثنى ، ولا يجمع ، ولا يؤنث. وبرأ من الدين، والعيب ، والتهمة: خلص. وخلا . والإبراء: مصدر [٢].

(ب) معنى الإبراء : شرعاً:

الإبراء : هو إسقاط الحق عن الذمة [٣].

(ح) أنواع الإبراء:

الإبراء أربعة أنواع: بيانها كما يلي:

(١) الإبراء الخاص :

وهو إبراء أحد آخر ، من دعوى متعلقة بخصوص مادة ، كدعوى الطلب من دار أو ضيعة ، أو جهة أخرى.

(٢) الإبراء العام: وهو إبراء أحد آخر من كافة الدعاوى.

(٣) إبـــراء الاســـتيفاء: وهـــو عبارة عن اعتراف أحد بقبض واســـتيفاء حقـــه الـــذى هو فى ذمة الآخر. وهو نوع من الإقرار.

(٤) إبـــراء الأسقاط: هو أن يبرئ أحد الآخر بإسقاط تمام حقه

---

(١) من الآية رقم (١١) من سورة التوبة.

(٢)القاموس الفقهى ص٣٥

(٣) القاموس الفقهى ص٣٥.

الذى هو عند الآخر ، أو يحط مقدار منه عن ذمته[1].

(٤) معنى الذمة لغة وشرعاً:

الذمة فى اللغة: الذمة: الذات والنفس. ومنه قولهم : ثبت المال فى ذمته ، وبرئت ذمته، لأن النفس، والذات محل الذمة. وهو تسمية للمحل باسم الحال.

والجمـــع: ذمـــم. وترد الذمة بمعنى العهد : والآمان ، وعقد الصلح والكفالة ، والحق. والحرمة.

(ب) معنى الذمة فى الاصطلاح:-

الذمـــة : فـــى الشـــرع: هى وصف شرعى به الأهلية لوجـــوب مالـــه ، وما عليه. أو هى : معنى شرعى مقدر فى المكلـــف قـــابل للإلزام واللزوم. أو هى: وصف قائم بالإنسان صالح للإلزام، والالتزام. وهو يزول بالموت. هذا وأن الإنسان يولـــد ، ولـــه ذمـــة صـــالحة للوجوب له، وعليه عند جميع الفقهـــاء[2]، ومن ثم : فهى لغة: العهد: لأن نقضه يوجب الذم. ومنهم من جعلها وصفاً فعرفها بأنها: وصف يصير الشخص به أهـــلاً للإيجاب له وعليه. ومنهم من جعلها ذاتاً ، فعرفها بأنها نفس لها عهد[3].

---

(١) القاموس الفقهى المرجع السابق.

(٢) القاموس الفقهى ص١٣٨.

(٣) التعريفات ص١٤٣.

(ب) معنى القاعدة:

ومعنى القاعدة : أن الأصل براءة الذمة، عن حقوق الغير، عند عدم وجودها، أى عند عدم ثبوت حقوق الغير فى الذمة، وهذا قيد ليخرج ما إذا كانت حقوق الغير ثابتة فى ذمته بوسيلة من وسائل الإثبات، وإذا كانت الحقوق ثابتة، فلا يقال: فيها الأصل: براءة الذمة منها[1] ولذا لم يقبل فى شغلها، شاهد واحد، لأن الأصل براءة الذمة[2].

(جـ) من فروع القاعدة:

(١) الأصل قول المستعير:

وبيان ذلك، أنه إذا أتلف المستعير، العارية، باستعمال غير مأذون فيه، ففى هذه الحالة يجب على المستعير ضمانه بقيمتها يوم تلفها، فإذا اختلف المستعير، والمعير، فى قيمة ذلك المتلف، فإنه يصدق المستعير، لأن الأصل براءة الذمة.

وكذا لو اختلفا فى كون التلف بالاستعمال المأذون فيه أو بغيره، فالقول: قول المستعير، لأن الأصل عدم الضمان.

(٢) الأصل قول الغاصب:

وبيان ذلك أن الشئ المغصوب لو تلف تحت يد الغاصب، فإنه فى هذه الحالة يجب الضمان على الغاصب، بمثله إن كان له مثل، أو بقيمته إن لم يكن له مثل، أكثر ما كانت من يوم

---

(١) الفوائد الجنية جـ١ ص١٩٩.

(٢) غمز عيون البصائر للحموى جـ١ ص٢٠٣.

الغصب إلى يوم التلف لكن إذا اختلف، الغاصب، والمغصوب مـــنه، في قدر القيمة المستحقة، بعد اتفاقهما على الهلاك، فإنه يصدق الغاصب بيمينه، لأن الأصل براءة ذمته من الزيادة.

(٣) الأصل قول المستام:

والمســـتام: هو الذى يأخذ شيئاً من البائع، فتلف قبل العقد، فإنه يجـــب على المستام الضمان، وإذا اختلف المستام والبائع، فى قـــدر قيمة المتلف، فالقول قول المستام، لا المالك، لأن الأصل براءة الذمة.

(٤) لو ادعى زيد ، على عمرو، بشئ من الحقوق، كألف جنيه مثلاً، ثم أقام المدعى عليه، وهو عمرو، شاهداً واحداً، بأن زيداً المدعى، أقر أنه ليس له على عمرو، شئ من الحقوق، كالألف جنـــيه، الســـابقة، وحلف المدعى عليه وهو عمرو، لعدم كفاية الشـــاهد الواحـــد فـــى البينة، وذكر عمرو فى حلفه أن شاهده صادق فيما شهد له به، بأن يقول: والله إن شاهدى لصادق فيما شهد لى به وأنه ليس له شئ من الألف جنيه، التى ادعاها، ففى هـــذه الحالـــة، سقطت دعوى زيد المدعى لحديث مسلم أنه ﷺ قضـــى بشاهد ويمين، وزاد الإمام الشافعى فى الأموال، وقيس بـــالأموال ما قصد منه المال، سواء كان على وجه الثبوت أو النفى وعلة سقوط الدعوى: أن الأصل براءة الذمة.

ولا يخفى، أن المدعى لو ادعى بعد سقوط دعواه، وبعد الحكم علـــيه، بينة من خصمه أى المدعى عليه وأظهر المدعى عذراً

فى إقراره، سمعت دعوى زيد المدعى[1] ومحل كون هذا الفرع داخل فى ضمن هذه القاعدة، ما لم تعارض بينة المدعى عليه، أمـــا إذا عورضت بينة المدعى عليه، تقدم بينة من يثبت المبلغ وهـــى بينة المدعى، ولا يدخل حينئذ تحت القاعدة إذ مقتضاها أن تقدم بينة المدعى عليه المفيدة عدم ثبوت المبلغ[2].

المسألة الثامنة: من شك أفعل شيئاً أم لا، فالأصل أنه لم يفعله:

والمعـــنى أن الإنســـان لو تردد، هل فعل الشئ، أو لم يفعـــل، فالأصـــل أنه لم يفعل، والمراد بالشك هنا: هو التردد المطلق: أى التردد الشامل للظن ، والوهم، لا خصوص التردد المستوى.

مـــثال ذلـــك: أن يشك المكلف هل طلق زوجته أم لا، فلا يقع الطـــلاق، أى لـــم يفعل ذلك الشئ، بمعنى أن الأصل عدم فعل الطـــلاق، فـــإذا شك فى فعله فلا يقع نظراً للأصل، ومثل ذلك أيضـــاً لـــو تـــردد هل ترك القنوت، أم أتى به، فيسجد سجوداً الســـهو، لأن الأصـــل عدم الإتيان بالقنوت وكذلك لو شك هل سجد للسهو أم لا، فإنه يسجد للسهو، لأن الأصل عدم فعله[3].

ومـــراد الفقهاء بالشك فى الماء، والحدث، والنجاسة، والصلاة، والطلاق وغيرها هو التردد بين وجود الشئ وعدمه، سواء كان

---

(١) الفوائد الجنية حـــ١ ص٢٠٠-٢٠١.

(٢) المرجع السابق، غمز عيون البصائر حـــ١ ص٢٠٣-٢٠٤.

(٣) الفوائد الجنية حـــ١ ص٢٠٣.

الطـــرفان فى التردد سواء، أو أحدهما راجحاً، فهذا معناه فى اســـتعمال الفقهاء ، أما أصحاب الأصول فإنهم فرقوا بين ذلك فقـــالوا: الـــتردد إن كان على السواء، فهو الشك، فإن أحدهما راجحـــاً، فالراجح ظن، والمرجوح وهم[1] وينبغى أن يقيد فى الصـــلاة بما إذا كان فى الوقت: مثال ذلك: شك فى صلاته أنه هل أداها أم لا؟ فإن كان فى الوقت كان عليه أن يعيدها، وبعد خروج الوقت لا شئ عليه[2].

المسألة التاسعة: من تيقن الفعل، وشك فى القليل أو الكثير، حمل على القليل، لأنه المتيقن:

مفهوم القاعدة:

والمعنى أن من تيقن الفعل، وشك فى القليل والكثير، حمل على القليل، لأنه المتيقن، مثل ما إذا شك هل طلق امرأته، واحدة أو أكـــثر، فإنه يبنى على الأقل، ومثل ما إذا شك فى صلاته هل صـــلى ثلاثـــاً أو أربعاً من الركعات، فإنه يبنى على الأقل لأن الأصل فى المشكوك فيه طرحه[3].

المسألة العاشرة: الأصل فى الحقوق العدم:

الأصل فى حقوق الآدميين، عدم لزوم شئ من الحقوق، للغير، فمن فروع ذلك الأصل، عامل القراض إذا قال لم أربح إلا كذا،

---

(١) غمز عيون البصائر جـــ١ ص٢٠٤.

(٢) غمز عيون البصائر جـــ١ ص٢٠٤.

(٣) الفوائد الجنية وغمز عيون البصائر المرجعين السابقين.

أو لم أربح، فالقول المصدق عند الحاكم قول عامل القراض – المضـــارب– لا قول المالك– رب المال وذلك لأن الأصل فى الثانى عدم الربح . وفى الأول عدم الزائد[1].

المسألة: الحادي عشر: الأصل فى الأشياء الإباحة:

الأصـــل فـــى الأشياء، بعد البعثة المحمدية الإباحة، أى استواء الطرفين، أو كونها مأذوناً فيها، لوجود النفع حتى يجوز الإقدام عليها، لا لكونه واجباً أو مندوباً لأنه لابد فيه صريح الخطاب، وأما قبل البعثة فلا حكم، بل الأمر موقوف على ورود النص، والمـــراد بالأشياء ما يشمل الأقوال والأفعال وغيرهما، ويشمل المضـــار والمـــنافع خلافـــاً لأبى حنيفة القائل بأن الأصل فى الأشـــياء الـــتحريم، إلا ما دل دليل على إباحته، فيكون مباحاً وجائـــزاً بالمعـــنى الشـــامل للوجوب والندب والكراهة، ونسبه الشافعية إلى أبى حنيفة، وليس بثابت[2] والمختار عند الجمهور أن الأصـــل فـــى الأشـــياء الإباحة حتى يدل الدليل على عدم الإباحة ، وهو مذهب الشافعى، وقيده فخر الإسلام بزمن الفترة فقال: إن الناس لم يتركوا سدى فى شئ من الأزمان، وإنما هذا بناء على زمن الفترة لاختلاف الشرائع، ووقع التحريفات، فلم يـــبق الاعتقاد والوثوق على شئ من الشرائع فظهرت الإباحة بمعنى عدم العقاب، بما لم يوجد له محرم ولا مبيح، ودليل هذا

---

(١) الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٠٣.

(٢) الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٠٥..

القول: قوله تعالى:﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً ﴾ [١] أخـبر بأنـه خلقه لنا على وجه المنة علينا، وأبلغ وجوه المنة، إطلاق الانتفاع، فثبتت الإباحة[٢] وقال بعض أصحاب الحديث: الأصـل فيها الحظر، ودليله أن التصرف فى ملك الغير، بغير إذنـه لا يجـوز. وقـال بعض أصحابنا: الأصل فى الأشياء التوقف، بمعنى أنه لابد لها من حكم، لكنا لم نقف عليه بالعقل، ودلـيل هـذا القـول: أن طريق ثبوت الأحكام سمعى وعقلى، والأول غـير موجود، وكذا الثانى فلا نقطع على أحد الحكمين فـإن مـن قال بالإباحة عقلاً يجوز، وورد الشرع الشريف فى ذلـك بعيـنه بالحظر فينقله من الحظر إلى الإباحة، وما وضع العقـل عليه لا يجوز تغييره كشكر المنعم، ويلاحظ أن ما فيه ضـرراً لنفسـه أو لغـيره خارج عن موضع الخلاف[٣] قال الزركشـى: فى قواعده: الأصل فى الأشياء الإباحة ودليله: أن الله خلـق العـبد وما ينتفع به، فلو لم يبح له الفعل كان خلقهما عبـثاً، لكن التالى باطل، فالفعل مباح أو الأصل فيها: التحريم، ودليله أن الفعل تصرف فى ملك الغير بغير إذنه، وكل تصرف فى ملك الغير بغير إذنه ممنوع، فالفعل ممنوع، والعالم أعيانه ومـنافعه ملـك له تعـالى، أو الأصل فى الأشياء الوقف: أى

---

(١) من الآية رقم (٢٩) من سورة البقرة .

(٢) غمز عيون البصائر جـ١ ص٢٢٤.

(٣) الفوائد الجنية، وغمز عيون البصائر المرجعين السابقين.

التوقف كما سبق بيانه[1].

أثر الاختلاف:

ويظهـــر أثر هذا الاختلاف فى المسكوت عنه، ويتخرج عليها ما أشكل حاله:

(١) مـــنها: الحـــيوان المشكل أمره، والنبات المجهول اسمه ، ويعلم منه حل شرب الدخان.

(٢) ومنها: إذا لم يعرف حال النهر، هل هو مباح أو مملوك.

(٣) ومنها: لو دخل برجه حمام، وشك هل هو مباح أو مملوك.

(٤) ومـــنها: مسألة الزُرافة: بفتح الزاى وضمها، وهى حيوان طويـــل اليديـــن، قصير الرجلين، والحكم فى كل ما سبق الحل فى الكل عند الإمام الشافعى القائل بالإباحة[2].

المسألة الثانية عشر: الأصل فى الإبضاع التحريم:

الأصـــل فـــى الابضاع: وهى جمع بُضع، بضم الباء الموحدة، كقُفل وأقْفال ، وقد تكسر الباء، لكن بمعنى العدد ما بين الثلاث إلـــى التســـع، والبضع: هو الفرج، ويطلق البضع على الفرج والتزويج معاً، كالنكاح يطلق على العقد والجماع.

الحظـــر: وهـــو الـــتحريم مطلقاً أى سواء أراد المكلف الذى يشـــتهى البضـــع نكاحاً أو وطأ، كما لو اختلطت محرمة بفتح الميميـــن وفتح الراء أو ضمها، أو بضم الميم مع تشديد الراء

---

(١) الفوائد الجنية جــ١ ص٢٠٦.

(٢) غمز عيون البصائر جــ١ ص٢٢٥.

المفـتوحة، فـإن الحكم لا يختص بمحرم لشخص من نسب أو رضـاع أو مصـاهرة، بـل من حرمت باللعان أو النفى، أو التوشـن، أو غيرها، بنسوة قرية كبيرة أى غير محصورات، فـلا يجـوز له الاجـتهاد، لأنه ليس أصلهن الباحة حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه، وأما حكم النكاح فيجوز له نكاح من شاء منهـن باجـتهاد أو غيره، ولا ينكح الجميع وعلة جواز النكاح حتى لا تتعطل مصلحة النكاح، لكن لو اختلطت بمحصورات لم يجز النكاح، والمحصور: هو ما سهل على الناظر عده بمجرد الـنظر، وغير المحصور: كل عدد لو اجتمع فى صعيد واحد لعسر على الناظر عده بمجرد النظر كألف(1).

تعقيب: تعـريف الحـلال عـند الشافعى وأبى حنيفة وأثر الخلاف بينهما:

الحـلال عند الإمام الشافعى، وكذا عند الإمام مالك هو: ما لم يـدل دلـيل على تحريمه، وعند الإمام أبى حنيفة هو: ما دل الدلـيل علـى حله، ويظهر أثر الخلاف فى المسكوت عنه أى الـذى لم يدل دليل على حله ولا تحريمه، فعلى قول الإمامين: الشـافعى ومـالك: هـو من الحلال إذ هو الأشبه بيسر الدين، ولعدم دليل يدل على تحريمه، وعلى قول الإمام أبى حنيفة: هو مـن الحـرام لعدم دليل على حله، ويقوى قول الشافعى: قوله

---

(1) الفوائد الجنية جـ1 ص212-213 ، غمز عيون البصائر جـ1 ص227.

تعـــالى: ﴿ قُلْ لا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (1) وفـــيها أخبار بأن الحرام: ما ثبت تحريمه عن الله تعالى وقوله ﷺ [إن الله فـــرض فـــرائض فلا تضيعوها، وحد حدوداً فلا تعـــتدوها، وحرم أشياء فلا تهتكوها، وسكت عن أشياء رحمة لكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها] والمعنى: سكت عن أشياء أى لـــم يأمر الله بها ولم ينه عنها ولم يحرمها، ولم يحللها، ويستفاد منه أن الأصل فى الأشياء الإباحة(2).

---

(1) من الآية رقم (١٤٥) من سورة الأنعام.

(2) الفوائد الجنية جـــ١ ص٢٠٨-٢٠٩.

مراجع الدراسة

أولاً:

القرآن الكريم، ومنه تستمد المصادر التالية:

١- الكشاف للزمخشرى ط دار الكتب العلمية

٢- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام ملك - تحقيق الخطابى.

٣- الأشباه والنظائر للسبكى - مخطوط - لوحه(٢).

٤- الفروق للقرافى - ط عالم الكتب- بيروت.

٥- الفوائد الجنية - حاشية المواهب السنية - شرح الفوائد البهية فى نظم القواعد الفقهية فى الأشباه والنظائر على مذهب الشافعية للفادانى ط دار البشائر الإسلامية.

٦- الأشباه والنظائر للسيوطى - ط عيسى الحلبى.

٧- الموافقات للشاطبى ط الكويت.

٨- الوجيز فى إيضاح قواعد الفقه الكلية د / محمد صدقى البورن.

٩- إيضاح المسالك إلى مذهب الإمام مالك للونشريسى ط عالم الكتب.

١٠- المنثور للزركشى - مكتبة : دار النشر.

١١- القواعد الفقهية لمحمد الزحيلى.

١٢- المصباح المنير للفيومى ط ثانية سنة١٣٢٤، ١٩٠٦ .

١٣- التلويح على التوضيح لصدر الشريعة ط دار الكتب العلمية.

١٤- المستصـــفى للغـــزالى تحقيق الشيخ محمد مصطفى أبى العلا - ط مكتبة الجندى.
١٥- المعجم الوجيز ط خاصة لمجمع اللغة العربية.
١٦- القاموس الفقهى لغة واصطلاحاً لسعدى أبو حبيب ط دار الفكر.
١٧- التعريفات للجرجانى ط دار الكتاب العربى.
١٨- أصول الفقه الإسلامى للشيخ على حسب الله.
١٩- أصول الفقه للأستاذ الدكتور محمد أبو النور زهير.
٢٠- القواعد الفقهية تاريخها وأثرها فى الفقه للوائلى.
٢١- الإغناء فى الفروق والاستثناء لابن سليمان البكرى.
٢٢- المســتثنيات فى العبادات والمعاملات وقواعدها الشرعية الــتى تــرد علــيها فى الفقه الإسلامي رسالة ماجستير للباحث نجاح عثمان أبى العينين إسماعيل.
٢٣- الــنظريات العامـــة للمعـــاملات فى الشريعة الإسلامية د/ أحمـــد فهمى ابو سنة - نشر دار التأليف سنة١٣٨٦ هـــ،١٩٦٧.
٢٤- الأشباه والنظائر لابن نجيم ط المطبعة الحديثة.
٢٥- أصول الكرخى ط عالم الكتب.
٢٦- الفتح المبين فى طبقات الأصوليين للمراغى.
٢٧- أعـــلام الموقعيـــن عـــن رب العالمين لابن قيم الجوزية ط دار الحديث.
٢٨- المغنى لابن قدامة ط مكتبة الجمهورية.

٢٩- المحلى لابن حزم الظاهرى، وتاريخ القضاء فى الإسلام ط دار الآفاق الحديثة.
٣٠- النظام القضائى فى الإسلام د/ عبد العزيز عزام.
٣١- المبسوط للسرخسى ط دار الفكر.
٣٢- الأحكام السلطانية للماوردى ط دار الكتب العلمية.
٣٣- الأشـــباه والنظائر لابن السبكى تحقيق الدكتور عبد الفتاح أبى العينين ط المكتبة العلمية بالقاهرة.
٣٤- الإفصاح لابن هبيزه ط دار الكتب العلمية.
٣٥- أسهل المدارك لمذهب الإمام مالك ط مصطفى الحلبى.
٣٦- المدونة الكبرى للإمام مالك ط المكتبة الحديثة.
٣٧- المنجد فى اللغة.
٣٨- إرشاد الفحول للشوكانى ط مصطفى الحلبى.
٣٩- إحياء علوم الدين للغزالى ط كتاب الشعب.
٤٠- المبين المعين لفهم الأربعين للفارس.
٤١- الخيارات وأثرها فى التصرفات د/ أبو غدة.
٤٢- أحكام العقود فى الشريعة الإسلامية لعلى قراعة.
٤٣- الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ط مصطفى الحلبى.
٤٤- الضمان فى الفقه الإسلامي للشيخ على الحفيف.
٤٥- البحر الرائق للزيلعى ط المكتبة الحديثة.
٤٦- البدائع للكاسانى ط دار الكتب العلمية.
٤٧- الخلاف للطوسى ط دار العلم للملايين.

٤٨- البحر الزخار للمرتضى ط دار الكتب للنشر.
٤٩- أثر العرف فى التشريع الإسلامي د / سيد صالح.
٥٠- الاعتصام للشاطبى ط مصطفى الحلبى.
٥١- الإحكام لابن حزم الزاهرى، ط دار المتب.
٥٢- الخيارات فى الفقه الإسلامي –د/ عزام ط دار الهدى.
٥٣- المجموع شرح المهذب للنووى ط دار الفكر.
٥٤- الإحكام للآمدى ط دار العلم.
٥٥- إغاثـــة اللهفان من مكايد الشيطان لابن القيم الجوزية ط دار الفكر.
٥٦- تحقـــيق الاعتـــناء فـــى الفرق والاستثناء للبكرى ط دار الكتب العلمية.
٥٧- توضـــيح الأحكام من بلوغ المرام لعبد الله البسام ط دار القبلة للثقافة الإسلامية.
٥٨- تأسيس النظر للدبوسى ط دار الفكر.
٥٩- تاريخ الفقه الإسلامي د/ محمد يوسف موسى.
٦٠- تلخـــيص الحبير فى تخريج أحاديث سيد المرسلين لابن حجر دار النشر للكتب الإسلامية.
٦١- تهذيب شرح النووى ط دار الفكر.
٦٢- جـــامع الأصـــول فى أحاديث الرسول لابن الأثير تحقيق عبد القادر الأناؤوط.
٦٣- حاشية النجدى على الروض المربع ط دار الآفاق.

٦٤- حاشية الجمل على المنهاج ط دار الفكر.
٦٥- حاشية الروض المربع للنجدى ط دار القلم.
٦٦- حاشية سنبلى زاده.
٦٧- حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ط مصطفى الحلبى.
٦٨- حاشية الشيخ بخيت على شرح الإسنوى ط دار العمدى.
٦٩- حاشية الباجورى على ابن القاسم ط دار الفكر.
٧٠- حاشية ابن عابدين ط مصطفى البابى الحلبى.
٧١- حاشـــية قليوبى على شرح جلال الدين المحلى للنووى ط مصطفى الحلبى.
٧٢- درر الحكـــام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر –ط مكتبة النهضة – بيروت.
٧٣- روضة الناظر، وحاشية ابن بدران ط دار الفكر.
٧٤- رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين للنووى تحقيق مصطفى عمارة ط دار إحياء الكتب العلمية – الحلبى.
٧٥- روضة الطالبين للنووى ط المكتب الإسلامي.
٧٦- زاد المعاد فى هدى خير العباد لابن القيم ط الحلبى.
٧٧- سنن الدار قطنى ط المتنبى.
٨٧- سبل السلام لابن حجر ط مصطفى الحلبى.
٧٩- سنن أبى داود ط الحلبى.
٨٠- سنن الدارمى ط دار الفكر.
٨١- شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ط: دار القلم ط ثانية.

٨٢- شرح الأناسى ط عالم الكتب.
٨٣- شرح المنار لابن نجيم ط مصطفى الحلبى.
٨٤- صـــحيح مســـلم بشـــرح الـــنووى ط المطبعة المصرية بالقاهرة.
٨٥- فتح البارى بشرح النووى ط المطبعة المصرية بالقاهرة.
٨٦- فتح القدير للكمال بن الهمام ط الحلبى.
٨٧- فواتح الرحموت للأنصارى ط ار القلم.
٨٨- فيض القدير للمناوى ط الحلبى.
٨٩- فعل الحيوان وما ينشأ عنه د / الشربينى.
٩٠- قواعـــد الفقـــه الإســـلامى دراسة علمية تحليلية مقارنة للدكـــتور/عـــبد العزيز عزام ط مكتب الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر - الشرقية.
٩١- قواعد الأحكام لابن عبد السلام ط دار الجيل -بيروت.
٩٢- قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ط دار الفكر.
٩٣- قواعد ابن رجب الحنبلى ط دار العلم للملايين.
٩٤- كشف الأسرار للبخارى ط مصطفى الحلبى.
٩٥- كشف الخفا للعجلونى ط دار الفكر.
٩٦- لسان العرب لابن منظور ط دار المعارف.
٩٧- معجـــم مفردات ألفاظ القرآن الكريم للراغب الأصفهانى لنديم مرعى ط دار الفكر-بيروت.
٩٨- مختصر قواعد الفقه الإسلامي للعلانى ط الكويت.

٩٩- مختار الصحاح للرازى ط دار المعارف.
١٠٠- مغنى المحتاج للشربينى ط الحلبى.
١٠١- محاضرات فى الفقه الإسلامي د / عزام ط دار البيان.
١٠٢- مسند الإمام أحمد ط الميمونية.
١٠٣- محاضرات فى قواعد الفقه للشيخ جاد الرب.
١٠٤- مختصر ابن الحاجب ط الحلبى.
١٠٥- نهاية السول للبيضاوى ط دار الكتب العلمية.
١٠٦- نهاية المحتاج للرملى ط مصطفى الحلبى.
١٠٧- نهاية الأحكام للحسينى ط دار الفكر.
١٠٨- نيل الأوطار للشوكانى ط أخيرة للحلبى.
١٠٩- نصب الراية للزيلعى ط الحلبى.

- سقط من أصل المصدر

ساقط من اصل المصدر

- اقطا من اصل المصدر

ساقط من اصل المصدر

فهرس الموضوعات